

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA  
RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

**PATRICIA RODRIGUEZ WHATELY**

**MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS  
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

**2017**

**PATRICIA RODRIGUEZ WHATELY**

**ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA  
RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

**Dissertação de mestrado apresentada  
ao Gabinete de Estudos pós-graduados  
da Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa, como requisito  
parcial para obtenção do título de  
Mestre em Direito.**

**Área de concentração: Direitos  
Fundamentais**

**Orientadora: Professora Susana  
Videira**

**LISBOA**

**2017**

**PATRICIA RODRIGUEZ WHATELY**

**ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA  
RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Esta dissertação foi julgada adequada para a  
obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada  
em sua forma final pelo Orientador e pela Banca  
Examinadora.

Orientadora: \_\_\_\_\_  
Prof. Dra. Susana Videira

Banca Examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Lisboa, \_\_\_\_\_.

Dedico este trabalho a meus pais, Luiz Gastão e Norma, que me ensinaram a viver com ética e sempre me estimularam a buscar meu próprio caminho.

À estimada Prof. Dra. Susana Videira, que tenho como exemplo de profissional dedicada e de imensa sabedoria, meus mais sinceros agradecimentos.

Agradeço ainda a presteza dos funcionários das bibliotecas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e da Procuradoria Geral da República de Lisboa, bem como o estímulo dos amigos e familiares ao longo dessa jornada, em especial, de Adrian.

“A primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo.”

(Sigmund Freud, *O mal estar na civilização*)

## RESUMO

O objetivo central desta dissertação é verificar se as alterações promovidas pelo Poder Legislativo na Constituição de 1988 lograram êxito em aprimorar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, precipuamente no que tange à racionalização da prestação jurisdicional. Com o intuito de contextualizar o tema, inicialmente foi analisado o advento do Constitucionalismo moderno e das primeiras constituições escritas e rígidas, que conferiram à Constituição o caráter de norma suprema, o que deu ensejo ao surgimento do controle de constitucionalidade. Em seguida se examinou a criação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e na Áustria - países que adotam sistemas jurídicos distintos (*common law* e *civil law*, respectivamente), - suas diferenças quanto ao órgão que exerce o controle e quanto aos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma em razão da influência de ambos os sistemas de controle de constitucionalidade no sistema adotado no Brasil. Posteriormente, realiza-se breve referência às espécies de controle de constitucionalidade quanto ao objeto, órgão controlador e efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade e aos princípios informativos de interpretação das normas constitucionais. No quarto capítulo, demonstra-se como foi construído o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, partindo-se do Decreto nº 550 de 1891 até a Constituição outorgada durante a ditadura militar. O quinto capítulo dedicou-se à análise da Constituição de 1988 e dos novos institutos por ela formulados. No sexto capítulo, analisam-se as alterações implantadas no controle de constitucionalidade brasileiro, seja através do Poder de Reforma ou do legislador infraconstitucional, bem como se tais modificações surtiram os efeitos pretendidos no sentido de otimizar a prestação jurisdicional constitucional diante da sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal, que não funciona apenas como Corte Constitucional. A resposta ao problema do excesso de processos, que acarreta a morosidade da prestação jurisdicional e a redução de sua efetividade, passa pela racionalização da prestação jurisdicional. Nesse aspecto, as mudanças realizadas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro buscaram reforçar o papel do STF como Corte Constitucional e garantir que questões jurídicas idênticas sejam julgadas de modo igual, evitando-se a violação do princípio da isonomia e assegurando-se a coerência da ordem jurídica, e, por conseguinte, a credibilidade da Constituição.

Palavras-chaves: Controle de constitucionalidade brasileiro, evolução, racionalização, efetividade da prestação jurisdicional.

## ABSTRACT

The main goal of this dissertation is to verify if the changes promoted in the Constitution of 1988 by the Legislative managed to improve the system of judicial review in Brazil, mainly with regard to the rationalization of the constitutional adjudication. In order to contextualize the theme, it was initially analyzed the advent of modern Constitutionalism and the first written and rigid constitutions, which gave the Constitution the character of supreme norm and enabled the arise of judicial review. Next, due to their influence over the Brazilian judicial review system, it was examined the creation of judicial review in the United States and in Austria - countries that adopt different legal systems (common law and civil law, respectively) - their differences concerning who is authorized to perform the judicial review and the effects of the decision that declares as void a law repugnant to the Constitution. Subsequently, a brief reference was made to the types of judicial review taking into account the object, the competent body to regard the Constitution, the effects of the decision that recognizes the law as unconstitutional and the interpretation standards of constitutional clauses. In the fourth chapter it is demonstrated how judicial review arises in Brazil, - starting from the Decree nº 550 of 1891 up to the Constitution granted during the military dictatorship – and it is followed in the fifth chapter by the analysis of the 1988 Constitution and the new institutes that were created. In the sixth chapter, the changes implemented in Brazilian's judicial review system are analyzed, either those brought by Constitutional reform as well those created by infra-constitutional legislation, and also if these modifications had the desired effects in order to optimize the constitutional adjudication considering the large amount of judicial proceedings imposed on the Supreme Federal Court, which does not only function as a Constitutional Court. The response to the problem of excessive caseloads, which leads to delays in the provision of judicial services and the reduction of their effectiveness, involves the rationalization of constitutional adjudication. In this regard, the changes made in the Brazilian judicial review system have sought to reinforce the role of the Supreme Court as a Constitutional Court and to ensure that identical legal issues are equally judged, avoiding violation of the principle of equal treatment and ensuring the consistency of Legal order, and therefore the credibility of the Constitution.

**Keywords:** *Judicial review* in Brazil, evolution, rationalization, effectiveness of judicial services.

## Sumário

<b>Introdução</b>	12
<b>1. O surgimento da Constituição moderna e o princípio da supremacia da Constituição como base teórica do controle de constitucionalidade</b>	21
1.1 O surgimento da Constituição escrita no Estado contemporâneo	25
1.2 O princípio da supremacia da Constituição	31
<b>2. Breve histórico sobre o surgimento da Justiça Constitucional nos Estados Unidos e na Áustria</b>	37
2.1 Origem do sistema norte-americano	39
2.2 O cenário europeu	43
2.3 Origem do sistema austríaco	47
<b>3. O exercício do controle de constitucionalidade – princípios informativos de interpretação das normas e tipologia</b>	52
3.1 Os princípios informadores da interpretação das normas frente à Constituição	52
3.2 Algumas classificações quanto ao exercício do controle de constitucionalidade	
3.2.1 O controle de constitucionalidade quanto à forma ou conteúdo	57
3.2.2 O controle de constitucionalidade quanto ao órgão que o exerce	58
3.2.3 O controle de constitucionalidade quanto ao modo de arguição	59
3.2.4 O controle de constitucionalidade quanto ao momento de arguição	62
3.2.5 O controle de constitucionalidade quanto aos efeitos da decisão	64
<b>4. O surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil e seu histórico ao longo das Constituições brasileiras</b>	69



4.1 O surgimento do controle difuso de constitucionalidade e sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro ao longo das Constituições	71
a) A Constituição de 1891 e a emenda constitucional nº 03/1926	72
b) A Constituição de 1934	74
c) A Constituição de 1937	75
d) A Constituição de 1946	77
4.2 A inclusão do controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e respectivas alterações	79
a) A Emenda Constitucional nº 16 e os atos institucionais do governo militar	80
b) A Constituição de 1967	82
c) As Emendas Constitucionais nº 01/1969 e nº 07/1977	83
<b>5. A Constituição de 1988 e o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro</b>	<b>86</b>
5.1 A manutenção e alteração de institutos existentes na ordem jurídica anterior pelo Poder Constituinte Originário	87
5.2 As inovações introduzidas pelo Poder Constituinte originário	88
5.2.1 A inércia do legislador como conduta violadora de um dever constitucional de agir	89
5.2.2 As garantias constitucionais criadas pelo Poder Constituinte Originário exclusivamente contra a omissão inconstitucional do Poder Público	91
a) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão	91
b) O mandado de injunção	94
5.2.3. A arguição de descumprimento de preceito fundamental	99
<b>6. Alterações introduzidas no modelo de controle de constitucionalidade criado pelo Poder Constituinte de 1988</b>	<b>102</b>
6.1 Alterações introduzidas pelo Poder Constituinte Derivado	102

6.1.1 A Emenda Constitucional nº 3/93: introdução da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro	102
6.1.2 A Emenda Constitucional nº 45/2004	104
a) alterações em sede de recurso extraordinário	105
b) a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro	108
6.2 Alterações introduzidas pelo legislador ordinário	
6.2.1 Alterações relevantes introduzidas no Código de Processo Civil	115
6.2.2 A Lei 9.868/99	122
6.2.3 A regulamentação da ADPF pela Lei 9.882/99	130
6.3 Análise crítica das alterações realizadas no sistema de controle de constitucionalidade após a promulgação da Carta de 88	137
<b>Conclusão</b>	146
<b>Referências bibliográficas</b>	156

## **Abreviaturas e siglas utilizadas**

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

AI – Ato institucional

ADC – Ação direta de constitucionalidade

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

MI – Mandado de injunção

MS – Mandado de segurança

MT – Mato Grosso

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PGR – Procurador Geral da República

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## Introdução

Como já afirmou STAMMLER, o direito brota em suas particularidades condicionado pelo curso da existência humana<sup>1</sup>. Sob esse aspecto, é interessante observar o quanto a sociedade mudou no último século e como o Direito precisou encontrar instrumentos para acompanhar tais mudanças. O dinamismo das relações sociais, a constitucionalização de diversas matérias, que antes ficavam a cargo do legislador ordinário, deixando limitado espaço de conformação para este, os contratos de massa, a maior facilidade de acessar a Justiça, a inércia do Poder Legislativo em regulamentar direitos fundamentais previstos na Constituição e também do Executivo em implantar políticas públicas a fim de concretizar estes mesmos direitos acarretaram um maior protagonismo do Poder Judiciário no cenário mundial<sup>2</sup>.

Atualmente, é usual em vários países a presença cada vez mais constante do Poder Judiciário na conjuntura política, antes reservada ao Poder Executivo e Legislativo<sup>3</sup>. O fim da Segunda Guerra na Europa e a redemocratização nos países latinos propiciou a adoção de um novo modelo constitucional em que se atribui ao Poder Judiciário uma participação mais atuante na vida da comunidade, voltado para a concretização dos ditames constitucionais e resguardo dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3ª edição, Berlim-Leipzig, 1928, p.52, *apud* Mutación de la Constitución, Hsü Dau-Lin, tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster, IVAP, p. 68.

<sup>2</sup> Segundo Rodrigo Brandão, o fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário” não se limita à “globalização da jurisdição constitucional”, mas também porque houve transferência de poder decisório às Cortes sobre questões fundamentais da política (*Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*, Lumen Iuris, 2011, p. 5).

<sup>3</sup> Nas palavras de Lenio Streck: “O novo modelo constitucional, ao superar o modelo de regras, põe fim à proeminência política do Poder Legislativo, deslocando o polo de tensão entre os Poderes de Estado em direção à jurisdição constitucional” (*Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, 11ª edição, Livraria do Advogado, p. 405). Já Luís Roberto Barroso afirma que houve uma expansão da jurisdição e do discurso jurídico, que acarretou uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais (Legislativo e Executivo), tratando-se de fenômeno mundial (*Constituição, Democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, As novas faces do Ativismo Judicial, Ed. Juspodivm, 2013, p. 229). “A crescente importância política dos tribunais tem não apenas se tornado mais abrangente, mas também se expandido em escopo [...] No mínimo, a transferência de “abacaxis” políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse (HIRSCHL, Ran, *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano, Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006, obtido em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>, p. 2 e 27).

A partir do século XX<sup>4</sup>, diversos países passaram a adotar o sistema de controle de constitucionalidade das leis no qual cabe ao Poder Judiciário o papel de guardião da Constituição, não só no sentido de expurgar do ordenamento jurídico todas as normas que com ela sejam incompatíveis, atuando como legislador negativo, como também fazendo o papel de decodificador de normas constitucionais abertas, que demandam materialização por parte do intérprete, ampliando assim de modo exponencial a esfera de atuação e influência da jurisdição constitucional.

Como afirma VITAL MOREIRA<sup>5</sup>: a densidade da regulação constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições, em um movimento de progressiva constitucionalização e juridificação do processo político.

O abandono da clássica e rígida divisão entre direito e política<sup>6</sup> e o deslocamento do poder político, antes afeto ao Poder Legislativo e Executivo, para o Judiciário produziu o fenômeno da judicialização da política<sup>7</sup>. Nesse aspecto, RAN HIRSCHL<sup>8</sup> distingue três categorias de judicialização: a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e a judicialização da “política pura” — a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras. Conforme leciona o professor

---

<sup>4</sup> Nos Estados Unidos a Suprema Corte e os juízes americanos já desempenhavam tal papel desde o século XIX, o que será melhor explicitado adiante, quando se analisar o surgimento da Justiça Constitucional na América do Norte.

<sup>5</sup> “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995, p. 181.

<sup>6</sup> Kelsen já alertava em 1928, em *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 250/251, que: “o caráter político da jurisdição é tanto mais forte que mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva [...] Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder e, portanto, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política”.

<sup>7</sup> Para LUÍS ROBERTO BARROSO, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social passaram a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (*Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, extraído do sítio eletrônico: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)).

<sup>8</sup> *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, tradução de Diego Werneck Arguelles e Pedro Jimenez Cantisano, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, obtido em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>, p. 03, p. 34 e p. 36.

da faculdade de direito de Toronto, a ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da “questão política” e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação de poderes, tratando-se de tendência que marca a transição para a “juristocracia”. O citado jurista sustenta que a imagem de tribunais e juízes constitucionais como os principais culpados pela abrangente judicialização da política no mundo se trata de narrativa rudimentar, pois a judicialização da megapolítica é, sobretudo, um fenômeno político, e não jurídico. Já para CLARISSA TASSINARI, a judicialização da política é um fenômeno social - que deriva da exigência de concretização de direitos insculpidos na Constituição - e político - advém da desídia na implantação desses direitos -, que se manifesta no âmbito jurídico, porém, não decorre da atuação dos membros do Poder Judiciário<sup>9</sup>. Verifica-se, portanto, que, ao contrário do ativismo judicial<sup>10</sup>, que nasce dentro do sistema jurídico, eis que se trata de postura adotada volitivamente por juízes e Tribunais, a judicialização da política constitui fator externo ao Poder Judiciário e inexorável no constitucionalismo moderno, tendo em vista que a força normativa dos princípios constitucionais e a onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas expandiu a área de atuação da jurisdição constitucional<sup>11</sup>.

Importante frisar que a Constituição promulgada no Brasil em 1988 consolidou a redemocratização do país, que passara longos anos (1964-1985) sob o jugo de um regime ditatorial, comandado por militares. Cumpre destacar que, durante os “anos de chumbo”, atos institucionais<sup>12</sup> suspenderam direitos constitucionais. Em 1985 foi convocada pelo Presidente da República, José Sarney, a Assembleia Nacional

---

<sup>9</sup> *Jurisdição e ativismo judicial* – limites da atuação do Judiciário, Editora Livraria do Advogado, 2013, p. 30.

<sup>10</sup> A expressão *ativismo* foi cunhada em 1947 pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. em matéria publicada na revista americana *Fortune* a respeito da divisão da corte americana entre juízes ativistas (Black, Douglas, Murphy e Rutledge), campeões da autocontenção (Frankfurter, Jackson e Burton) e moderados (Reed e Vinson). O ativismo nasce dentro do sistema jurídico, pois se trata de postura adotada volitivamente por juízes e Tribunais. Para MARIA BENEDITA URBANO (*Curso de Justiça Constitucional*, Almedina, 2013, p. 96), pode-se destacar o ativismo nas seguintes situações: (i) quando os juízes se opõem a uma decisão política contida em uma norma com base em raciocínios políticos, (ii) quando os juízes criam direito novo ainda que o façam para combater a inércia do legislador ou espaços vazios por ele deixados, (iii) quando não se limitam a aplicar a Constituição, vindo a completá-la ou corrigi-la com normas de própria autoria e, (iv) quando os juízes pura e simplesmente derogam uma norma constitucional sem que haja a declaração de sua inconstitucionalidade e consequente invalidação.

<sup>11</sup> Observe-se que na Constituição Brasileira a garantia da inafastabilidade da jurisdição encontra-se insculpida no artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>12</sup> Atos editados pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica ou pelo Presidente da República, com o respaldo do Conselho de Segurança Nacional – definição e legislação obtidas no sítio eletrônico: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>>.

Constituinte, que elaborou seus trabalhos nos anos de 1987/1988, e culminou na promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988, ficando revogada a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69, outorgadas durante o regime de exceção.

A Carta de 1988, conhecida como Constituição Cidadã<sup>13</sup>, acarretou completa transformação do ordenamento jurídico vigente, sendo palpável a ruptura com o ordenamento anterior desde seu preâmbulo, onde é explicitada a instituição do Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Em síntese de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>14</sup>, a Constituição de 1988 incumbiu ao Estado *a tarefa fundamental de superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social*.

Após a promulgação da Carta Magna brasileira houve uma explosão de litigiosidade<sup>15</sup>, que pode ser explicada como decorrência da efetivação da garantia constitucional de acesso à Justiça, da judicialização de políticas públicas, envolvendo direitos sociais, e da mudança do regime de governo, que deixou de ser ditatorial, e passou a constituir uma democracia participativa na qual as pessoas não têm receio de buscar seus direitos.

Enquanto no longo período de ditadura militar houve o represamento de demandas em razão de o Poder Judiciário ter sido tolhido de analisar determinadas matérias, além de diversos direitos individuais terem sido suspensos, após o advento

---

<sup>13</sup> Assim denominada em discurso proferido por Ulysses Guimarães, em cadeia nacional de emissoras de rádio e televisão, em 27/07/1987 in BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes, *História Constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p.470.

<sup>14</sup> “O Estado Democrático de Direito”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, julho/setembro de 1988, p. 24.

<sup>15</sup> Expressão cunhada por Boaventura de Sousa Santos, em simpósio ocorrido na Faculdade de Direito de Coimbra, em maio de 1984, publicado no Brasil sob o título “Introdução à sociologia da administração da Justiça”, *Revista de Processo*, nº 37, 1985, p. 121/139, obtido em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao\\_a\\_sociologia\\_da\\_adm\\_justica\\_RCCS2\\_1.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS2_1.PDF)>. O ilustre professor de Coimbra ressalta que a transformação do Estado liberal no Estado-providência, que é ativamente envolvido na gestão de conflitos e ajustes entre classes e grupos sociais, e que aposta na minimização das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações econômicas significou a expansão dos direitos sociais e através destes a integração das classes trabalhadoras nos circuitos de consumo, anteriormente fora de seu alcance. Essa integração implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, o que constitui causa do aumento dos litígios judiciais.

da Constituição de 1988, o legislador ordinário passou a editar leis com o fim de concretizar os ditames constitucionais, acarretando a imediata aplicação de direitos fundamentais nela explanados, como, por exemplo, a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.987/1995, que regulamentou o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e a Lei 9656/98, que regulamentou os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde. Após a concretização de determinados direitos fundamentais pelo legislador infraconstitucional brasileiro, houve uma busca da população por sua observância seja em face de terceiros (eficácia horizontal) ou do próprio Estado, o que proporcionou o ajuizamento de milhares de demandas perante o Poder Judiciário brasileiro.

Verifica-se, portanto, que a expansão da atuação jurisdicional do Poder Judiciário aliada à concretização de direitos fundamentais contemplados na Constituição acarretou um aumento considerável de demandas propostas perante o Poder Judiciário.

Não se pode deixar de destacar um importante fator sociológico: o império da “Lei de Gérson”<sup>16</sup>, que preconiza que o brasileiro deve sempre levar vantagem sobre os outros, utilizando-se para tanto do famoso “jeitinho brasileiro”, que importa em contornar ou interpretar distorcidamente as normas estabelecidas de modo que estas não constituam um obstáculo à sua pretensão. Segundo o antropólogo ROBERTO DA MATTA<sup>17</sup>, utilizamos o clássico “jeitinho” como forma facilitadora de burla a lei ou como forma de abrir honrosa exceção à norma, que acaba por forjar a total desconfiança em relação a regras e decretos universalizantes. Tal conduta praticada reiteradamente por diversos membros da sociedade brasileira contribui para o elevado número de demandas ajuizadas anualmente, pois muitos tentam contornar as normas jurídicas com intuito de levar vantagem sobre a outra parte, o que causa evidente

---

<sup>16</sup> A expressão surgiu na mídia nacional após a veiculação de propaganda de cigarros da marca Vila Real em 1976 em que o apresentador do anúncio, Gerson, jogador meio-campista da seleção brasileira de 1970, enuncia: “Por que pagar mais caro se o Vila me dá tudo aquilo que eu quero de um bom cigarro? Gosto de levar vantagem em tudo, certo? Leve vantagem você também, leve Vila Rica!”

<sup>17</sup> “Assim, utilizamos o clássico “jeitinho” que nada mais é que uma variante cordial do “sabe com quem está falando?” e outras formas mais autoritárias que facilitam e permitem burlar a lei ou abrir uma honrosa exceção que a confirma socialmente. Mas o uso do “jeitinho” e do “sabe com quem está falando?” acaba por engendrar um fenômeno muito conhecido e generalizado entre nós: a total desconfiança em relação a regras e decretos universalizantes. Essa desconfiança, entretanto, gera sua própria antítese, que é a esperança permanente de vermos as leis serem finalmente implementadas e cumpridas” (DAMATTA, Roberto, *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, Editora Rocco, 1997, p. 238).



insatisfação a esta, que conseqüentemente busca junto ao Poder Judiciário o cumprimento de obrigações elementares sobre as quais não recai qualquer controvérsia fática ou jurídica.

Um exemplo de tal atuar ocorre em demandas de massa que envolve direito de consumidores, eis que grande parte dos fornecedores não observam as mais mezinhas normas consumeristas. Trata-se de fenômeno trivial, constatado empiricamente por quem atua há 12 anos como magistrada em varas cíveis na cidade do Rio de Janeiro, e rotineiramente julga diversas ações ajuizadas por consumidores para resolução de problemas banais. Cuida-se de milhares de demandas cuja distribuição poderia ser evitada, caso os fornecedores de serviço e produtos dispusessem de serviço eficaz de suporte ao consumidor, no entanto, parece que delegar a solução de tais contendas ao Judiciário lhes traz um custo menor<sup>18</sup>. Em entrevista concedida à revista Consultor Jurídico<sup>19</sup>, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão, chamou a atenção para a questão ao mencionar que os grandes litigantes do Judiciário transferiram o seu *call center* para a Justiça. O insigne Ministro alertou que se trata de um problema de política pública e que sua solução demanda o envolvimento dos três poderes da República e da sociedade em geral. O problema destacado pelo Ministro do STJ pode ser constatado ao se analisar as estatísticas de distribuição de demandas perante o Poder Judiciário.

Os dados do anuário estatístico Justiça em Números 2016, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstram que, no ano de 2015, ingressaram 27.280.287 novos casos nas serventias judiciais, que 28.479.058 ações foram arquivadas em definitivo e que 74 milhões de processos permanecem em tramitação na Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Estadual, Justiça Militar, Justiça Eleitoral e Tribunais Superiores em todo o país<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Observe-se, nesse aspecto, que o acesso aos Juizados Especiais Cíveis é gratuito e que não há condenação em verbas sucumbenciais em 1ª instância (art. 54 e 55 da Lei 9.099/95), razão pela qual o custo dos fornecedores de produtos e serviços de resolver os problemas consumeristas na Justiça parece ser menor do que o de resolvê-los administrativamente.

<sup>19</sup> <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>.

<sup>20</sup> Informações obtidas no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83680-em-media-cada-magistrado-soluciona-7-3-processos-por-dia-no-brasil>>.

Verifica-se que, apesar de nos últimos anos haver um esforço do Poder Judiciário em julgar mais demandas do que são distribuídas anualmente<sup>21</sup>, ainda existe enorme acervo de processos aguardando solução definitiva.

De acordo com as informações colhidas no referido anuário, o Poder Judiciário brasileiro conta com a atuação de 17.338 magistrados, o que representa a seguinte proporção de magistrados por número de 100 mil habitantes: (a) 5,40 na Justiça Estadual; (b) 1,63 na Justiça do Trabalho; (c) 1,56 na Justiça Eleitoral; (d) 0,81 na Justiça Federal; (e) 0,04 nos Tribunais Superiores<sup>22</sup>. A diferença numérica de magistrados em cada ramo da Justiça brasileira se explica em razão de a Justiça Estadual ser responsável pelo julgamento de matérias que não sejam da competência dos demais segmentos do Judiciário (Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar). Ou seja, sua competência é residual e ela está presente em todas as unidades da Federação, reunindo a maior parte dos casos que chega ao Judiciário, já que se encarrega de questões mais comuns e variadas.

O anuário estatístico do CNJ indica ainda que a taxa de congestionamento<sup>23</sup> no primeiro grau de jurisdição, em relação a processos de conhecimento é de 66,3% na Justiça Estadual, 57,7% na Justiça Federal e 47,7% na Justiça do Trabalho, o que demonstra que, apesar do esforço da magistratura nacional, que apresenta elevada produtividade - em média, cada juiz ficou responsável por solucionar 6.577 processos no ano de 2015 e conseguiu concluir 7,3 por dia – a quantidade de ações ajuizadas anualmente sobrecarrega a estrutura judiciária e impede uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Também houve aumento significativo no número de processos no Supremo Tribunal Federal, já que, de acordo com estatísticas da Corte, os novos casos passaram

---

<sup>21</sup> No 3º Encontro Nacional do Judiciário, ocorrido em fevereiro de 2010, foram definidas 10 Metas Prioritárias pelo CNJ, dentre elas a Meta 1, que determinava o julgamento em 2010 de processos em quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos no mesmo ano, além de parcela do estoque. Tal meta foi mantida nos anos posteriores, como se extrai do sítio eletrônico do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>.

<sup>22</sup> Informações obtidas no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>, p. 37-38.

<sup>23</sup> A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. Informações obtidas no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>, p. 68.

de 14.720 em 1989<sup>24</sup> para cerca de 86.977 em 2015<sup>25</sup>, o que representa um aumento de quase 500% em 26 anos.

Diante do crescimento exponencial de demandas e a fim de observar o direito fundamental à razoável duração do processo, o Legislador entendeu por bem introduzir alterações no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de solucionar o problema da morosidade judicial e a jurisdição constitucional também foi alcançada por tais inovações.

O presente estudo tem por escopo, portanto, realizar uma análise crítica do modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição da República do Brasil de 1988 e as alterações posteriormente realizadas pelo poder constituinte derivado e pelo legislador ordinário a fim de perquirir se os mecanismos introduzidos no ordenamento jurídico pátrio resultaram em maior racionalização do exercício da jurisdição constitucional e se eles se adequam ao sistema criado pelo Poder Constituinte originário.

Para tanto, em termos gerais, será inicialmente explicitado como surgiram as Constituições modernas, bem como analisado o princípio constitucional da supremacia da Constituição e sua rigidez, como pressupostos para o surgimento do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Em seguida, será realizada breve digressão ao século XIX e XX a fim de ilustrar o surgimento da Justiça Constitucional no cenário mundial com foco nos modelos norte-americano, baseado na *judicial review*, e austríaco, assente no modelo criado por Hans Kelsen, tendo em vista que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade foi inspirado inicialmente no sistema desenvolvido nos Estados Unidos (com adaptações ao *civil law*) e, posteriormente, sofreu influências do sistema adotado pela Europa Continental.

Posteriormente, serão apreciados os princípios informadores de interpretação das normas constitucionais e algumas classificações relativas ao exercício do controle de constitucionalidade quanto a seu objeto, momento e modo de arguição, órgão competente para julgamento e seus efeitos, observando que não será objeto de estudo o controle político de constitucionalidade por fugir ao escopo do trabalho.

---

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/778-processos.html>>.

<sup>25</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306671>>.

No capítulo seguinte será explanado como surgiu o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, tanto o difuso como o concentrado, e como o sistema foi sendo tratado ao longo das Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e respectivas emendas constitucionais.

Seguidamente, será apreciado especificamente o modelo de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988 e, por sua vez, em capítulo próprio, serão analisadas as modificações introduzidas no direito constitucional positivo pelo Poder Constituinte Derivado e pelo legislador infraconstitucional.

A fim de demonstrar a evolução do sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade, optou-se por uma sistematização cronológica do tema, de modo que qualquer acréscimo aos instrumentos previstos na Carta Magna de 1988, ainda que se trate de mera norma regulamentadora, serão examinados no capítulo 6, separadamente do sistema originalmente instituído, que será objeto do capítulo 5.

Por fim, será elaborada análise crítica sobre as alterações introduzidas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro desde o advento da Constituição de 1988 e perquirida a eficácia de tais mudanças à luz da racionalização da prestação jurisdicional.

Não se pretende aqui analisar os modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito comparado e, por conseguinte, qualquer menção realizada a determinado modelo adotado por um país qualquer ou sobre alguma especificidade de determinado sistema de controle de constitucionalidade será apenas para efeito de comparação com alguma particularidade do sistema brasileiro.

Também não serão pormenorizados os diversos institutos existentes no direito pátrio em que se exerce controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, limitando-se ao estudo do Recurso Extraordinário, que se trata da *ultima ratio* no sistema difuso de constitucionalidade.

Tampouco será objeto de reflexão a legitimidade do avanço do Poder Judiciário sobre o espaço de atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, mas tão somente os reflexos produzidos pela judicialização na atuação da jurisdição constitucional no Brasil.

## 1. O surgimento da Constituição moderna e o princípio da supremacia da Constituição como base teórica do controle de constitucionalidade

Na antiguidade, a lei surge da religião, ou seja, as leis não eram criadas pelos homens, mas sim pelos deuses, elas eram sagradas e imutáveis. Ao fim da Idade Moderna, a lei se aparta da religião e passa a representar a vontade dos homens, o que torna possível sua revogação através do exercício desta mesma vontade<sup>26</sup>. O controle de legalidade, que surge muito antes do controle de constitucionalidade, visa evitar o arbítrio. A doutrina<sup>27</sup> costuma afirmar que o controle de conformidade entre as normas surgiu na Grécia entre o *nómos* (lei)<sup>28</sup> e *psefísma* (decreto), em que o primeiro prevalecia sobre o segundo, e era exercido através do *grafé paranómon*<sup>29</sup>. Na Idade Média, também se verificava um sentimento de superioridade de uma lei em detrimento de outras, eis que as normas de direito natural eram tidas como normas superiores ao direito positivo<sup>30</sup>. TOMÁS DE AQUINO defendia que a lei escrita que violasse a lei natural e fosse injusta não seria lei e não teria força obrigatória<sup>31</sup>. No presente estudo, contudo, não se pretende tratar do Constitucionalismo Antigo, eis que este não alcançou a concepção documental de Constituição, mas sim do Constitucionalismo Moderno, que nasceu com as revoluções americanas e francesas, dando origem a Constituições escritas e rígidas, que desencadearam a ideia de supremacia da Constituição e, por conseguinte, resultaram na concepção do sistema de controle de constitucionalidade, como mecanismo de defesa da Constituição.

---

<sup>26</sup> POLETTI, Ronaldo, *Controle de Constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição 1995, p. 15.

<sup>27</sup> POLETTI, Ronaldo, *Controle de Constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 12 / RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil, Perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo I, p. 3.

<sup>28</sup> Capeletti ensina que os *nómoi* (leis) tinham um caráter que, sob certos aspectos, poderia se aproximar das modernas leis constitucionais, na medida em que diziam respeito à organização do Estado e porque sua modificação não podia ser feita senão através de um procedimento especial (CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 49).

<sup>29</sup> Através de *grafé paranómón*, que constituía uma ação pública de ilegalidade, se buscava a responsabilidade penal daquele que havia proposto o decreto em desconformidade com os *nomói*, e se julga que da ilegalidade derivasse a invalidade do decreto contrário à lei (CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 50-51).

<sup>30</sup> CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 52.

<sup>31</sup> POLETTI, Ronaldo, *Controle de Constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 8.

Apesar de o termo constitucionalismo estar associado às revoluções americanas e francesas, suas ideias centrais remontam à evolução da sociedade ao longo dos séculos. Segundo BARROSO<sup>32</sup>, Constitucionalismo significa, em essência, a limitação do poder e a supremacia da Lei (*rule of the law*). Na Idade Média, se encontra o embrião do Constitucionalismo moderno, a Magna Carta Libertatum, de 1215, elaborada sem participação do estamento popular em virtude de pressão imposta pelos demais estamentos (nobreza e clero), em que o poder do soberano (Rei João Sem Terra) é delimitado, ao se instituir alguns direitos individuais relevantes, como a exigência de que a tributação dependeria da aprovação do Conselho Geral do Reino<sup>33</sup>.

ELIVAL DA SILVA RAMOS<sup>34</sup> denomina as Constituições revolucionárias de Constituições-ato, ou seja, aquelas que emanam de um ato de vontade de um Poder que detém a aptidão de impelir o seu cumprimento, e observa que o Direito passou a partir de então a ser considerado como um sistema fechado, coerente e completo, onde o princípio da supremacia da Constituição funciona como critério para solução de contradições normativas intrassistêmicas.

Segundo CAPELETTI<sup>35</sup>, a partir das modernas Constituições rígidas, que positivaram o direito natural, é que se passa a oferecer uma garantia de que o preceito constitucional, que detém uma espécie de vontade permanente do povo, terá primazia sobre a vontade transitória e temporária estampada nas leis ordinárias.

A Constituição foi o arquétipo utilizado pelos iluministas para racionalização e legitimação do poder, já que passou a estabelecer o princípio da autodeterminação política da comunidade e o princípio da limitação de poder. O Constitucionalismo moderno, portanto, foi constituído a partir das Revoluções Liberais que ocorreram no século XVIII e que trouxeram ao mundo jurídico um novo conceito de Constituição. É imperioso destacar que o conceito de Constituição não é absoluto, eis que passível de diversas interpretações, de acordo com o ponto de vista sobre o qual é analisado.

Em seu aspecto político, conforme os ensinamentos de CARL SCHMITT<sup>36</sup>, a Constituição é tida como um conjunto de decisões sobre o modo e forma da unidade

---

<sup>32</sup> *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Editora Saraiva, 5ª edição, 2015.

<sup>33</sup> DELLORE, Luiz, *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 211.

<sup>34</sup> *Controle de Constitucionalidade no Brasil* – perspectivas de evolução, Editora Saraiva, 2009, capítulo I, p. 2, versão digital.

<sup>35</sup> CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 56.

<sup>36</sup> *Teoria de la Constitucion*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 23.

política. Para o jurista alemão, é preciso distinguir Constituição e normas constitucionais. A Constituição não vale pela virtude de sua justiça normativa ou de sua cerrada sistemática, mas sim pela virtude de sua vontade política existencial. Já as normas constitucionais valem, pelo contrário, em virtude da Constituição e pressupõe uma Constituição<sup>37</sup>. Portanto, a essência da Constituição não está contida em uma lei ou uma norma, mas sim na decisão política do titular do Poder Constituinte, o povo em uma democracia e o monarca em uma monarquia autêntica<sup>38</sup>.

Já sob o prisma sociológico, a Constituição seria o reflexo das forças sociais de determinado país. Tal conceito foi desenvolvido em uma conferência realizada em Berlim, em 1962, por FERDINAND LASSALE<sup>39</sup>, que enuncia que uma Constituição seria a soma dos fatores reais do poder - força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade -, que regem um país. Logo, uma Constituição escrita que não exprima precisamente os fatores do poder que imperam na realidade social da comunidade seria uma mera “folha de papel”, que não teria valor nem durabilidade.

Em contraposição ao conceito sociológico, KONRAD HESSE<sup>40</sup> defende que a Constituição jurídica e Constituição real estão em uma relação de coordenação, mas não dependem pura e simplesmente uma da outra. A constituição jurídica possui, por conseguinte, um significado próprio e, embora ela nada possa realizar, pode impor tarefas e, se estas forem efetivamente realizadas, ela se converte em força ativa. Logo, ainda que existam eventuais confrontos entre o texto constitucional e a realidade social, a Constituição nunca será um mero pedaço de papel. O jurista alemão<sup>41</sup> ressalta ainda que constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que: (i) ela considere os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes. (ii) que incorpore a situação espiritual de seu tempo; (iii) que se mostre em condições de se adaptar a eventuais mudanças de tais elementos; (iv) e que não incorpore de maneira absolutista seus preceitos. Segundo o célebre jurista alemão, o desenvolvimento da normatividade da Constituição depende ainda de sua práxis e interpretação, devendo ser partilhada a

---

<sup>37</sup> *Teoria de la Constitucion*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 25.

<sup>38</sup> *Teoria de la Constitucion*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 27.

<sup>39</sup> *Que é uma Constituição?*, Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933, tradução: Walter Stönnner, em: <[www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html#12](http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html#12)>.

<sup>40</sup> Konrad Hesse, “A Força normativa da Constituição”, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Editora Saraiva, 2009, p. 129-132.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 133-136.

vontade de Constituição<sup>42</sup> (*Wille zur Verfassung*) e observado o princípio da ótima concretização da norma.

Ainda no que atine à força normativa da Constituição, não se pode olvidar da classificação ontológica de KARL LOEWENSTEIN<sup>43</sup>, segundo a qual as Constituições poderiam ser: (i) normativas – quando existe uma concordância entre as normas constitucionais e a realidade do processo de poder. Ou seja, a constituição é efetivamente vivida pelos destinatários e detentores do poder, existindo uma simbiose entre a Constituição e a comunidade; (ii) nominais – quando uma Constituição é juridicamente válida, porém, a dinâmica do processo político não se adapta a suas normas, carecendo de realidade existencial. A situação de fato impede ou não permite a completa integração das normas constitucionais e as exigências do processo de poder; (iii) semânticas – a Constituição serve como formalização da situação existente de poder político em benefício exclusivo dos detentores do poder fático, que dispõe do aparato coercitivo do Estado. A conformação do poder está congelada em benefício destes.

Quanto ao aspecto jurídico, Kelsen define a Constituição como um conjunto de normas que regulam a situação dos órgãos superiores do Estado e as relações entre o poder público e os indivíduos que lhe estão submetidos, observando que suas normas estão situadas em um plano hierárquico superior e regulam a criação de outras normas<sup>44</sup>.

DIETER GRIMM<sup>45</sup> destaca que a Constituição, além de se tratar de conjunto de normas que regula de modo fundamental a organização e exercício do poder estatal e as relações entre o Estado e a sociedade, possui caráter constitutivo do poder universal e pleno. Ou seja, a Constituição moderna é quem institui o poder legítimo (ele não é preexistente), regula todos os processos de tomada de decisão política, cria direitos fundamentais e se aplica a todos os membros da comunidade política. Nas palavras de

---

<sup>42</sup> Segundo Hesse, “deve existir uma vontade de orientar o próprio comportamento humano de acordo com a ordem estabelecida na Constituição, de concretizar essa ordem e tal vontade deve fazer parte da consciência geral” (“A força normativa da Constituição”, *Temas fundamentais de direito constitucional*, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Editora Saraiva, 2009, p. 132-133).

<sup>43</sup> *Teoría de la Constitución*, tradução Alfredo Gallego Anabitarte, Editora Ariel, 2ª edição, p. 217/219, obtido em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2015/01/02411-teoria-de-la-constitucion-karl-loewenstein.html>>.

<sup>44</sup> *Teoria Geral do Estado*, tradução de Fernando de Miranda, Armênio Amado editor, 1938, p. 113/114

<sup>45</sup> *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Estudio preliminar de Antonio Lopez Pina, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 28



NOGUEIRA DE BRITO<sup>46</sup>, as Constituições democráticas não se limitam a dar forma a um poder preexistente ou a limitá-lo, mas antes constituem esse mesmo poder, na perspectiva jurídica.

É imperativo que o poder constituído por meio da Constituição seja por ela limitado de modo a evitar abusos por parte dos governantes. Uma Constituição significa sempre limite aos governantes<sup>47</sup>. Conclui-se que a limitação de poder é intrínseca ao conceito de Constituição, mas no constitucionalismo moderno não é suficiente que o poder constituído esteja limitado, sendo essencial que os cidadãos tenham seus direitos individuais reconhecidos. Nesse aspecto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reconhece em seu artigo 16 que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Portanto, uma Constituição seria basicamente constituída por direitos fundamentais e pelo princípio da separação de poderes, que visa justamente limitar os poderes constituídos.

### **1.1 O surgimento da Constituição escrita no Estado contemporâneo**

As Constituições modernas são fruto das revoluções liberais, que derrubaram o poder tradicional para erguer um novo. Segundo THOMAS PAINE<sup>48</sup>, as revoluções ocorridas até então no mundo não tinham nada que interessasse à massa da humanidade, pois representavam unicamente uma troca de pessoas e medidas, mas não de princípios. A inovação das revoluções liberais reside no fato de que seus atores não se contentaram em trocar os governantes ou a forma de governo, mas antes construíram intelectualmente as condições do poder legítimo e transferiram essa construção para normas jurídicas obrigatórias<sup>49</sup>. Com o iluminismo surge um novo conceito de direito natural, pois este passa a ser concebido como racional e desvinculado dos pressupostos transcendentais e teológicos que caracterizavam o direito natural medieval, dele decorrendo os direitos individuais do cidadão, que constituem direitos inatos e

---

<sup>46</sup> *Lições de Introdução à teoria da Constituição*, Lisboa, 2013, p. 42.

<sup>47</sup> Reis Novais, Jorge, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina, 2014, p. 25.

<sup>48</sup> PAINE, Thomas, *Los Derechos del Hombre*, tradução Jose Antonio Fernandez de Castro y Tomás Muñoz Molina, Fondo de cultura economica, Mexico, 1944, p. 149.

<sup>49</sup> GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Estudio preliminar de Antonio Lopez Pina, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 46.

inalienáveis, e, portanto, oponíveis ao Estado<sup>50</sup>. Contudo, o direito natural carecia de força vinculante<sup>51</sup>, daí a necessidade de se positivá-los na Constituição.

A escola do período iluminista distinguia o estado da natureza, situação em que não há poder político instituído e por isso os homens vivem entregues a si próprios, do estado de sociedade, em que existe um poder político constituído e este decorre de um pacto social realizado entre os homens para viver em comunidade. A reivindicação de uma Constituição encontrava fundamento na tese de que a Constituição constituiria a explicitação desse contrato social<sup>52</sup>. Ademais, a concentração crescente de poderes nas mãos do monarca no Estado absolutista despertou a necessidade de se estabelecer limites jurídicos ao poder estatal<sup>53</sup>.

Tanto a Revolução americana, que libertou as colônias inglesas na América da subordinação em relação ao Parlamento inglês, como a Revolução Francesa, que pôs fim ao *Ancien Régime*<sup>54</sup> e levou à ruptura com a ordem jurídica anterior implicaram o surgimento de Constituições que reconstruíram o Estado, ao organizar e limitar o poder político, ao elencar direitos e valores fundamentais, bem como ao disciplinar a produção normativa quanto a sua forma e conteúdo. No entanto, considerando o momento histórico e as suas especificidades, a revolução em cada país se operou de modo distinto, o que resultou em movimentos constitucionais diferentes na França e nos Estados Unidos e, por conseguinte, em modelos diferenciados de Constituição.

Nos Estados Unidos, o constitucionalismo nasceu da insubordinação da colônia à metrópole, que desaguou em uma revolução e acarretou a independência das colônias em relação à Inglaterra. THOMAS PAINE foi um grande influenciador da revolução americana, na medida em que defendia em seu livro, publicado em janeiro de 1776, a necessidade de independência e necessidade do regime republicano, bem como salientava que a soberania pertence à nação, que todos nascem livres e iguais, que os homens são portadores de direitos naturais e inalienáveis e que só a república é

---

<sup>50</sup> CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 52/53 e FREITAS DO AMARAL, Diogo, *História das ideias políticas*, Vol. II, Lisboa, 1997, p. 14.

<sup>51</sup> GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Estudio preliminar de Antonio Lopez Pina, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 46-47.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 401.

<sup>53</sup> GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Estudio preliminar de Antonio Lopez Pina, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 47.

<sup>54</sup> CERQUEIRA, Marcello, *A constituição na História*, Editora Renavan, 2ª edição, p. 118: “No Antigo Regime a lei distinguia três ordens: o clero, a nobreza e um Terceiro Estado composto formalmente de todos os plebeus, do mais rico dos burgueses ao mais miserável dos mendigos. Esses três estamentos se reuniam como Estados Gerais”.

democrática, pois nela o poder pertence aos representantes do povo<sup>55</sup>. A Constituição de 1787 prevê que todos os cidadãos são tidos por livres<sup>56</sup> e se consubstanciou em um contrato federal em que os 13 Estados independentes passaram a ser Estados federados, reconhecendo a soberania nacional. Trata-se de um marco no cenário político mundial em razão de ter sido a primeira Constituição que estabeleceu a república como forma de governo, que instituiu um Estado Federal, que adotou o sistema de governo presidencialista e que previu a separação entre os poderes com mecanismos recíprocos de controle<sup>57</sup>.

Já na França pré-revolucionária o poder se concentrava nas mãos do Monarca, que concedia privilégios ao clero e à nobreza, gerando insatisfação na crescente burguesia. O abade Sieyès escreveu seis meses antes da Revolução o livro *Qu'est-ce que le tiers État?*, que é visto como elemento catalisador da Revolução Francesa, uma

---

<sup>55</sup> PAINE, Thomas, *Los Derechos del Hombre*, tradução Jose Antonio Fernandez de Castro y Tomás Muñoz Molina, Fondo de cultura economica, Mexico, 1944, p.60: "... que todos los hombres nacieron iguales, con iguales derechos naturales/tradução livre: todos os homens nasceram iguais, com iguais direitos naturais..."; p. 61: "Sus derechos naturales son el fundamento de todo sus derechos civiles (...) Sono derechos civiles aquellos que corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad..."/tradução livre: "Seus direitos naturais são a base de todos os seus direitos civis (...) São direitos civis aqueles que correspondam ao homem pelo fato de ser um membro da sociedade.); p. 63: "se ha considerado como un progreso notable hacia el establecimiento de los principios de libertad decir que el gobierno debe considerarse como un pacto entre los que gobiernan y los gobernados.../ tradução livre: "tem sido considerado um progresso notável o estabelecimento dos princípios de liberdade que dispõe que o governo deve ser visto como um pacto entre os que governam e os governados"); p. 64: "...descubrimos con facilidad que los Gobiernos tienen que haber surgido del pueblo o sobre el pueblo..."/tradução livre: "... facilmente descobrimos que os governos devem ter surgido do povo ou sobre o povo"); p. 64 : "La Constitución de un país no es obra de su gobierno, sino del pueblo al constituir un gobierno"/ tradução livre: A Constituição de um país não é obra de um governo, mas sim do povo ao constituir um governo"; p.115: "los derechos de los hombres en sociedad no se pueden legar ni son transferibles ni anulables..."/tradução livre: "os direitos dos homens em uma sociedade não se podem legar nem são transferíveis ou anuláveis"; p. 132: "La soberania, como derecho, pertenece exclusivamente a la Nación y no al individuo"/ tradução livre: "A soberania, como direito, pertence exclusivamente à Nação, e não ao indivíduo"; p. 166: "Todo Gobierno que no actue bajo el principio de la Republica, o, en otras palabras, que no haga de la *res-publica* su pleno y único objeto, no es un buen Gobierno/ tradução livre: "Todo governo que não atue sob o princípio republicano, ou, em outras palavras, que não faça da *res-publica* seu pleno e único objeto, não é um bom governo"; p. 168: "La Democracia simple fué la sociedad que se gobernaba a sí misma sin ayuda de medios secundarios. Injertando la representación en la Democracia conseguimos un sistema de Gobierno capaz de abarcar y confederar todos los intereses diversos y cualquier extensión de territorio y población..."/ Tradução livre: "A democracia simples constituiu uma sociedade que se governava por si mesma, sem ajuda de meios secundários. Enxertando a representação na democracia, conseguimos um sistema de governo capaz de abarcar e confederar todos os interesses diversos e qualquer extensão de território ou de população".

<sup>56</sup> Os escravos não eram livres diante do regime de escravidão, que só foi abolido com a aprovação da 13ª Emenda, em 1864, ao fim da Guerra Civil (1961-1965).

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2011, p. 28-29.

vez que enunciava reivindicações no sentido de que os representantes do terceiro estado nos Estados Gerais (espécie de assembleia parlamentar) fossem membros oriundos do terceiro estado - já que o comum era que membros da nobreza e clero representassem o povo nos Estados Gerais -, que o número de representantes do terceiro estado fosse igual à soma dos representantes do clero e nobreza e que as votações fossem feitas por cabeça e não por ordens, eis que clero e nobreza juntos garantiriam sempre a maioria de votos. Sieyès desenvolveu ainda o conceito de soberania nacional como equivalente à soberania popular e destacou a distinção entre poder constituinte e poder constituído, observando que a separação de poderes diz respeito a este último<sup>58</sup>. A Revolução com os ideais de *liberté, égalité e fraternité* teve como efeito a abolição das instituições políticas feudais e, conseqüentemente, o fim do Absolutismo, substituindo aquelas por uma ordem social e política mais uniforme, que tinha como fundamento a igualdade de condições<sup>59</sup>. O que na antiga sociedade decorria das instituições aristocráticas e feudais foi destruído, dando lugar a uma monarquia constitucional, que veio a produzir a primeira Constituição escrita francesa em 1791.

Enquanto na Constituição americana consta o povo como detentor do poder soberano<sup>60</sup>, a Carta francesa de 1791 dispõe que a soberania pertence à nação e alicerça tal conceito no direito de representação e de delegação do Poder Legislativo a uma única Assembleia Nacional, no exercício de um Poder Executivo delegado ao rei e na delegação do Poder Judiciário a juízes eleitos pelo povo por tempo indeterminado<sup>61</sup>.

A apropriação pelo legislativo francês da soberania estatal resultou em uma hierarquização entre os Poderes com nítida supremacia do Parlamento, eis que na França imperava o primado da Lei. Ao Legislativo incumbia o poder de revelar a vontade geral e interpretar as normas e ao Executivo e Judiciário meramente a função de executá-las.

Por sua vez, nos Estados Unidos, diante dos atritos havidos com o Parlamento inglês, havia o temor de que o Parlamento americano pudesse exercer suas

---

<sup>58</sup> FREITAS DO AMARAL, Diogo, *História das ideias políticas*, Vol. II, Lisboa, 1997, p. 83/85

<sup>59</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, *O Antigo Regime e a Revolução*, Tradução Rosemary Costhek Abílio, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 23.

<sup>60</sup> “Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América”.

<sup>61</sup> CERQUEIRA, Marcello, *A constituição na História*, Editora Renavan, 2ª edição, p. 141.

competências de modo abusivo, e, por tal motivo, a Constituição ganhou o *status* de norma das normas, se sobrepondo às deliberações dos poderes constituídos, inclusive do Parlamento. A força normativa da Constituição americana foi garantida pelo controle de constitucionalidade das leis, o que era impensável na França até 1958, quando foi introduzido o *Conseil constitutionnel* a quem coube, inicialmente, realizar um controle prévio de normas emanadas do Parlamento frente ao corpo do texto constitucional (aí não se incluíam os preâmbulos das Constituições de 1958 e 1946), fugindo do referido controle os atos normativos do Poder Executivo<sup>62</sup>.

Verifica-se que a Constituição francesa de 1791 possuía natureza essencialmente política, eis que fora concebida como quadro político de organização dos poderes do Estado e não como fundamento jurídico-normativo de ordenação da própria sociedade<sup>63</sup>. Desse modo, a separação de poderes na França é instituída sob uma ótica orgânico-funcional, diferentemente do previsto na Constituição Americana, que prescreveu mecanismos recíprocos de fiscalização entre os poderes (*check and balances*).

No que atine aos direitos fundamentais, a Constituição francesa estabeleceu em seu preâmbulo os direitos individuais previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, contudo, tais direitos não possuíam valor normativo. Como bem ilustra JORGE MIRANDA, nessa época ocorreu a textualização de expectativas normativas referentes às liberdades individuais, mas a força normativa não decorre diretamente da textualização em documentos constitucionais. Esta já implica uma estrutura jurídica seletiva de expectativas normativas textualizadas nas declarações políticas<sup>64</sup>.

Na Constituição americana de 1787 não há nenhuma declaração de direitos. Ela apenas estabelece a forma republicana de governo, organiza o Estado em uma Federação e regula o exercício dos poderes. Somente em 1791 com os dez aditamentos à Constituição (*Bill of Rights*) foram elevados os direitos individuais de liberdade de expressão, reunião, religião e direito ao devido processo legal ao patamar de norma constitucional.

A Revolução Francesa não conseguiu traduzir a vontade revolucionária em uma ordem constitucional estável, já que após a Constituição Francesa de 1791 - que

---

<sup>62</sup> URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional*, Almedina, 2013, p. 53/54

<sup>63</sup> AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República*, Coimbra Editora, 2012

<sup>64</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 5ª edição, p. 28

introduziu a monarquia constitucional, atribuindo o Poder Executivo ao Rei e o Poder Legislativo a uma Assembleia -, vieram outras duas Cartas, uma em 1793 – que repeliu a separação de poderes e criou um único órgão político (Corpo Legislativo) – e a de 1795 – que estabeleceu a divisão do poder político entre duas câmaras e um órgão colegial, este encarregado de exercer as atribuições do Poder Executivo.

A Constituição americana de 1787 sofreu o acréscimo de 28 emendas ao longo de sua vigência. O poder de reforma constitucional nela previsto importou em ferramenta democrática de proteção da supremacia da Constituição sobre os poderes constituídos além de permitir a adaptação da Constituição às transformações ocorridas ao longo dos tempos. Outro importante instrumento de adaptação da Constituição americana no tempo foi o poder de reforma desta através do *judicial review*. E assim a Constituição americana segue como a mais longeva da história.

Da análise da evolução constitucional americana e francesa, se verifica que é imprescindível que o texto constitucional possua aderência em relação à realidade sociopolítica da comunidade e que possua mecanismos para se adaptar às transformações que esta comunidade sofrerá com o passar do tempo a fim de manter sua eficácia.

É importante destacar ainda, no que tange à capacidade de adaptação das Constituições a novos cenários políticos e sociais, que a Constituição não pode pretender ser um sistema fechado, completo e acabado, pois ela deve regular apenas determinados âmbitos essenciais de uma sociedade, deixando um espaço de conformação ao legislador para que este a concretize. Como bem adverte HESSE<sup>65</sup>, a “constitucionalização” de interesses momentâneos exige constante revisão constitucional com a inevitável desvalorização de sua força normativa<sup>66</sup>. Portanto, uma Constituição extremamente analítica acaba por colocar em perigo a rigidez do sistema constitucional e, por conseguinte, sua estabilidade.

Por outro lado, ainda que a Constituição não pretenda tentar esgotar o universo jurídico existente, não deve se limitar a meramente reproduzir as circunstâncias concretas de determinado período, eis que possui papel modificador da realidade social, já que no Estado Constitucional de Direito lhe incumbe fomentar o papel do

---

<sup>65</sup> “A força normativa da Constituição”, *Temas fundamentais de direito constitucional*, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Editora Saraiva, 2009, p. 134.

<sup>66</sup> Em 28 anos de vigência da Constituição de 1988, já houve 95 emendas à Carta Magna brasileira. A reforma constante do texto constitucional constitui risco a sua normatividade e estabilidade.

Estado como agente de transformação e de ascensão dos direitos fundamentais. Por conseguinte, a Constituição não pode ser apenas um espelho que reflita a sociedade e suas relações, deve enunciar as aspirações e ideais dos cidadãos, apontando para o que deva ser considerado como o objetivo máximo da vida em comunidade<sup>67</sup>.

## 1.2 O princípio da supremacia da Constituição

Como mencionado em momento anterior, hodiernamente a Constituição é considerada como norma primária, emanada do Poder Constituinte, e assume a posição de *lex superior*, ou seja, se trata de norma hierarquicamente superior às demais normas, incumbindo-lhe definir o sistema de fontes formais do direito. É a lei suprema perante a qual todas as outras devem se curvar. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico e, na sua ausência, as demais normas constituiriam um amontoado e não um ordenamento jurídico<sup>68</sup>. Enquanto a norma infraconstitucional expressa o querer transitório da legislatura, a Constituição expressa o querer permanente do povo e a este cabe a prevalência. Se um ato legislativo o contraria, írrito será<sup>69</sup>.

Nas palavras de ENTERRIA<sup>70</sup>, a Constituição é a primeira das normas de produção, a *norma normarum*, a fonte das fontes. A validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico depende de sua conformação com a Constituição, eis que a ela se reconhece supremacia formal e material, na medida em que regula o procedimento de criação e modificação das normas de todo o ordenamento jurídico, como também estabelece o campo valorativo destas.

Nesse diapasão, opera-se a divisão das normas constitucionais em formais e materiais. Pode-se estabelecer que, do ponto de vista material, a Constituição é um conjunto de normas fundamentais que visam organizar o poder, distribuir a

---

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo e DE ANDRADE, Paes, *História Constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 487.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, Editora Universidade de Brasília, 6ª edição, p. 49.

<sup>69</sup> BARBOSA, Ruy, *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, I Volume, Livraria Acadêmica, 1939, p. 12 e 19.

<sup>70</sup> ENTERRIA, Eduardo Garcia, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edição, Editorial Civitas, 3ª edição, 1985, reimpressão 1988, p. 50.

competência entre os órgãos do Estado, estipular a forma de governo e os direitos da pessoa humana<sup>71</sup>, ou seja, se trata de uma norma fundante de uma dada sociedade. Já do ponto de vista formal, se verifica que as Constituições não se limitam a abarcar matérias relativas a elementos básicos de organização política do Estado, mas também matérias outras que somente possuem aparência constitucional, eis que enxertadas no corpo normativo de determinadas Constituições.

As normas constitucionais somente podem ser revogadas ou alteradas mediante um processo legislativo diferenciado, mais dificultoso, quando se estiver diante de uma Constituição rígida. A distinção entre Constituição rígida e flexível decorre de célebre classificação de JAMES BRYCE<sup>72</sup>. Enquanto as Constituições rígidas se fundamentam na distinção entre normas emanadas do Poder Constituinte e normas emanadas do Poder Constituído, e exigem para sua modificação um procedimento diferenciado do procedimento legislativo infraconstitucional, as Constituições flexíveis não fazem tal distinção e exigência. Por conseguinte, somente faz sentido existir um sistema de controle de constitucionalidade de lei nos ordenamentos jurídicos que adotam Constituições rígidas, na medida em que deve haver um mecanismo que preserve a superioridade normativa da lei constitucional sobre as demais normas existentes<sup>73</sup>.

A Constituição rígida almeja uma estabilidade jurídica e sua modificação é realizada pelo exercício do poder de reforma - que é limitado e sujeito a condições estabelecidas na própria Constituição -, ou pela mutação constitucional. Nas palavras de BLANCO DE MORAIS<sup>74</sup>, a rigidez constitucional constitui um fator de desaceleração da produção das normas que por ela se encontram cobertas, o que acarreta a

---

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, 26ª edição, 2011, p. 80-81.

<sup>72</sup> *Studies in History and Jurisprudence*, v. 1, essay 3, Oxford, Clarendon Press, 1901, in <https://archive.org/stream/studiesinhistory01brycuoft#page/n9/mode/2upof>, p. 154: “Constitution of the older type may be called Flexible, because they have elasticity, because they can be bent and altered in form while retaining their main features. Constitutions of the newer kind cannot, because their lines are hard and fixed. They may therefore receive the name of Rigid Constitutions: and by these two names I propose that we shall call them for the purpose of this inquiry(...)/ tradução livre: “Constituições do gênero antigo podem ser chamadas de flexíveis, porque tem elasticidade, porque podem ser flexionadas e alteradas em sua forma enquanto mantem suas características principais. Constituições da nova espécie não podem, porque suas linhas são rígidas e fixas. Elas podem receber o nome de Constituições rígidas: e por esses dois nomes eu proponho que as chamemos para o propósito desta investigação”.

<sup>73</sup> Jorge Miranda sustenta que “não é preciso que exista uma Constituição formal para que se produza inconstitucionalidade e, muito menos que a Constituição seja rígida. Basta que haja Constituição em sentido material...” (*A fiscalização da constitucionalidade – uma visão panorâmica*, Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, nº 27, jan/mar 2008, p. 103).

<sup>74</sup> *Justiça Constitucional*, tomo I, Coimbra editora, 2ª edição, p. 60 e 64.



estabilização do texto constitucional, e é instituída como forma de garantir a hierarquia da Constituição.

No que atine ao Poder Reformador (de revisão ou emenda), exercido pelo Poder Constituinte derivado, sua esfera de atuação é limitada quanto à forma e quanto ao conteúdo. Nesse aspecto, é importante destacar que, ao mesmo tempo em que a reforma constitucional deve ter por propósito revitalizar a Constituição, de modo que acompanhe a evolução da sociedade, deve também buscar preservar a identidade básica do texto. Para tanto, as Constituições rígidas preveem limites materiais de reforma, ou seja, reconhecem a intangibilidade das normas que constituem o núcleo central da Constituição com o escopo de conservá-lo e evitar a erosão do ordenamento constitucional<sup>75</sup>. A Constituição não se submete à vontade dos Poderes Constituídos nem ao império dos fatos e circunstâncias<sup>76</sup>.

A rigidez constitucional se traduz, portanto, em exigências processuais, materiais e formais para as leis de revisão, agravadas ou reforçadas em comparação com as leis infraconstitucionais<sup>77</sup>. A ideia de superlegalidade formal é o que fundamenta a rigidez das leis fundamentais, na medida em que diferencia o seu processo legislativo do processo legislativo das normas infraconstitucionais. Sob outro aspecto, o conceito de superlegalidade material importa na conformação das demais normas à Constituição, já que as normas constitucionais servem como parâmetro de validade daquelas. Isto é, as demais normas devem se conformar à Constituição, seja em relação ao modo de sua elaboração (conformação formal) ou quanto ao conteúdo da norma (conformação material).

Nesse âmbito, a teoria do escalonamento normativo, de HANS KELSEN<sup>78</sup>, preconiza que o Direito se trata de um sistema hierarquizado de normas jurídicas, ou seja, as normas jurídicas não se encontram em um mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas em uma construção escalonada de diferentes níveis de normas

---

<sup>75</sup> No Brasil as denominadas cláusulas pétreas se encontram elencadas no art. 60, §4º da Constituição

<sup>76</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Controle de constitucionalidade, Teoria e Prática*, Editora Jus Podivm, 8ª edição, p. 28.

<sup>77</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição, Almedina, p. 784.

<sup>78</sup> *Jurisdição Constitucional*, tradução do alemão Alexandre Krug, Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. 126 : “Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior. A ideia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica. (...) Garantias da Constituição significam, portanto, garantias de regularidade das regras subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.”

jurídicas<sup>79</sup>. A Constituição se encontra no topo do ordenamento jurídico, o que lhe garante o *status* de fundamento supremo de validade de todas as normas do sistema. A Constituição, segundo o jurista austríaco, é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e as maneiras como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal<sup>80</sup>.

Ainda no que atine à supremacia da Constituição, JORGE BACELAR GOUVEIA<sup>81</sup> assevera que a Constituição funciona como coluna vertebral da ordem jurídica a quem cabe definir as fontes do direito na comunidade política que funda e ordena. Sob a ótica das fontes superiores e inferiores, a Constituição assume as características de supremacia hierárquico-normativa e de centro material do sistema jurídico. Já GOMES CANOTILHO<sup>82</sup> destaca que a Constituição é Lei Superior, porque é fonte de produção normativa e também porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior.

À vista do exposto, o controle de constitucionalidade surge da necessidade de se aferir a compatibilidade das normas infraconstitucionais frente à Lei Maior, ou seja, se trata de atividade fiscalizatória de validade de normas, que guarda a concepção de supremacia da Constituição. Enquanto a Constituição é um ato da nação em atitude soberana de se constituir a si mesma, a lei é um ato legislativo de conformação da Constituição e a esta deve respeito<sup>83</sup>.

A superioridade jurídica da Constituição e o fato desta inaugurar uma nova ordem jurídica implicam em revogação de todas as normas anteriores que com ela sejam materialmente contrastantes. Segundo Kelsen<sup>84</sup>, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma só é relevante quando ela é mais recente do que a Constituição, pois, em caso de norma anterior à Constituição e conflitante com esta, ocorre sua derrogação em virtude da aplicação do princípio da *lex posterior derogat legi priori*, sendo, portanto, impossível sua anulação. Em sentido contrário, há quem

---

<sup>79</sup> *Teoria pura do direito*, tradução João Baptista Machado, WMF Martins Fontes Editora, São Paulo, 2012, p. 247.

<sup>80</sup> *Jurisdição Constitucional*, tradução do alemão Alexandre Krug, Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. 131.

<sup>81</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 2005, Almedina, p. 559.

<sup>82</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª edição, Almedina, p. 784.

<sup>83</sup> BARBOSA, Ruy, *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, I Volume, Livraria Acadêmica, 1939, p. 20.

<sup>84</sup> *Jurisdição Constitucional*, tradução do alemão Alexandre Krug, Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. 162.

defenda a teoria da inconstitucionalidade superveniente, segundo a qual, não se pode falar em revogação de normas pelo princípio da *lex posterior* quando se tratam de normas de diferente natureza e hierarquia<sup>85</sup>. Logo, a Constituição não poderia revogar leis infraconstitucionais anteriores a ela e com ela incompatíveis materialmente.

Cumprir observar que, diante da ruptura da ordem jurídica, a legislação infraconstitucional perde seu suporte de validade e, caso não encontre suporte similar na nova ordem constitucional, tais normas são automaticamente revogadas, cessando sua eficácia. Logo, a razão pela qual não existe controle de constitucionalidade sobre normas anteriores a Constituição que sejam com ela incompatíveis decorre do fato de que a Constituição nova materializa a superação da ordem jurídica anterior, passando o Estado a ser reconstruído em novas bases. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal<sup>86</sup> somente admite a aferição de constitucionalidade de leis pós-constitucionais, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, remetendo o problema do vício da não novação da norma pré-constitucional ao controle difuso, já que o ato estatal pré-constitucional não pode ser declarado inconstitucional, mas apenas pode ser reconhecida sua pura e simples revogação.

Ressalte-se que é assente na doutrina a impossibilidade de fiscalização da regularidade formal de normas pré-constitucionais diante dos novos parâmetros de produção jurídica introduzidos por uma nova Constituição<sup>87</sup>. Portanto, quanto à *roupagem jurídica*, não ocorre a revogação da norma anterior à Constituição que com ela conflita formalmente, sendo aquela recepcionada com o novo *status* estabelecido pelo novo Poder Constituinte.

Em uma democracia, regime que adota a regra da maioria, a jurisdição constitucional opera papel de extremo relevo, pois se trata de meio de proteção eficaz das minorias contra eventuais maiorias políticas, já que, em decorrência da rigidez constitucional, é exigida uma maioria qualificada para a reforma da Constituição,

---

<sup>85</sup> MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 465: “Para cada Constituição um juízo de inconstitucionalidade e, para várias e sucessivas épocas, vários e sucessivos juízos. Não cabe, pois, apelar para um critério de ordem cronológica (*lex posterior...*) com autonomia em relação a um critério dito hierárquico (*lex superior...*).”

<sup>86</sup> RE nº 353.508, Relator: Min. Celso de Melo, órgão julgador: 2ª Turma, publicado no *Diário da União* em 29/06/2007, ementa “A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade”.

<sup>87</sup> HERANI, Renato Gugliano, *Controle de constitucionalidade das normas pré-constitucionais*, Editora Método, 2010, p. 150.

donde se conclui que determinadas questões fundamentais somente podem ser alteradas com aquiescência da minoria. Não se trata de impedir a alteração das normas constitucionais, mas de evitar que, em determinado momento político, o Poder Constituinte Derivado se desgarre do núcleo central e dos princípios que inspiram a Constituição e que lhe dão unidade. Como bem posto por Kelsen<sup>88</sup>, a essência da democracia não está na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os diversos grupos representados no Parlamento e, conseqüentemente, na paz social.

Desse modo, a jurisdição constitucional constitui importante ferramenta de garantia da observância dos direitos fundamentais e exerce papel contra-majoritário, na medida em que lhe é atribuída a função de declarar a inconstitucionalidade de normas aprovadas pela maioria, através de seus representantes políticos.

Antes de analisar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é importante elucidar o surgimento da Justiça Constitucional e como este se operou de modo distinto e em momentos diversos no Continente Europeu e nos Estados Unidos da América, o que será objeto de análise mais detida no próximo capítulo.

---

<sup>88</sup> *Jurisdição Constitucional*, tradução do alemão Alexandre Krug, Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. 182.

## 2. Breve histórico sobre o surgimento da Justiça Constitucional nos Estados Unidos e na Áustria

Antes de adentrar, pormenorizadamente, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é importante fazer uma sucinta retrospectiva até o surgimento dos modelos de controle de constitucionalidade americano e austríaco, observando que se cuida de modelos surgidos em sistemas jurídicos distintos, no *common law* e *civil law*, respectivamente. Como bem destacado por CAPELETTI<sup>89</sup>, o sistema difuso também é chamado por alguns de tipo americano de controle, ao passo que o sistema concentrado também poderia ser designado como o tipo austríaco de controle, considerando a origem de cada um.

A escolha do sistema norte-americano e austríaco não foi realizada de modo aleatório, mas sim - como já explicitado anteriormente - em razão de o sistema implantado nos Estados Unidos ter servido de fonte inspiradora ao Poder Constituinte pátrio para a elaboração do sistema difuso de controle de constitucionalidade, implantado no Brasil após a proclamação da República. Já o sistema austríaco influenciou o Poder Constituinte derivado, em 1965, que alterou a Constituição através de emenda para prever o controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil.

Não se pretende neste capítulo investigar a origem do ideal constitucional nem a formação dos mais diversos modelos de controle de constitucionalidade mundo afora, mas tão somente esclarecer como e por que o controle de constitucionalidade surgiu de forma diferente nos Estados Unidos e na Áustria e, posteriormente, como essa diferença repercutiu no modelo brasileiro.

Como já mencionado no capítulo anterior, a evolução do *Constitucionalismo*<sup>90</sup> ao longo dos séculos guarda sincronia com a história da Humanidade, pois, como se

---

<sup>89</sup> CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 67-68.

<sup>90</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*. 32ª edição, Editora Saraiva, 2006, p. 7) define o constitucionalismo como “um movimento político e jurídico [...] visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”. Para Canotilho é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia de direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 45 e 46). Já para Luís Roberto Barroso, Constitucionalismo significa a limitação do poder e supremacia da lei. (*Direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2011, p. 27)

trata de movimento político-social que visa limitar o poder, suas origens repousam em eventos de extrema importância para o Homem.

A fim de não fugir do tema proposto e situar a questão do surgimento do constitucionalismo moderno na história geral, faz-se uma breve referência à Idade Moderna (1453-1789), época de intensas mudanças de ordem econômica, científica, social e religiosa, que se caracterizou por revoluções e transformações na mentalidade ocidental.

Em tal quadra se inicia o declínio do feudalismo e o desenvolvimento comercial na Europa. Como ensina JORGE MIRANDA<sup>91</sup>, a sociedade medieval era composta de classes e os direitos das pessoas existiam enquanto membros desses grupos. Com o aumento da população, crescimento das cidades e desenvolvimento das manufaturas, o mercantilismo se fortalece e o poder se centraliza na figura do Rei, que sustenta a nobreza com privilégios em um Estado Absolutista. Inicia-se a separação entre poder secular e poder religioso, bem como é moldado o conceito de soberania, como atributo essencial do poder político estatal<sup>92</sup>. O fim de tal período histórico se dá com o surgimento do Iluminismo, movimento de reação ao absolutismo europeu. A burguesia ascendente se farta do arbítrio do Rei, bem como dos privilégios concedidos à nobreza e clero, e passa a reivindicar o respeito às liberdades individuais com a consequente limitação dos poderes absolutos do Estado. Surgem, então, os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão<sup>93</sup>, que se traduzem em postulados de abstenção dos governantes com fulcro no homem individualmente considerado.

Conforme destaca MARIA LÚCIA AMARAL<sup>94</sup>, podem ser apontados como postulados do constitucionalismo moderno: (a) o nascimento da soberania popular - o poder provém da vontade do povo; (b) advento de Constituições escritas; (c) os direitos do Homem passam a ter primado sobre qualquer outro valor e o homem não mais é considerado como parte de uma classe, mas sim como indivíduo, como cidadão; (d) a laicidade do Estado – há uma cisão entre o poder do Estado e a Igreja;

---

<sup>91</sup> *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV, 5ª edição, Coimbra Editora, p. 23.

<sup>92</sup> Luís Roberto Barroso, *Direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2011, p. 31.

<sup>93</sup> Na evolução dos direitos fundamentais, destacam-se três ou quatro gerações: a dos direitos de liberdade, a dos direitos sociais, a dos direitos ao ambiente e à autodeterminação e desenvolvimento e a dos direitos relativos à bioética, engenharia genética, informática e a outros ligados à tecnologia moderna, de acordo com MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV, 5ª edição, Coimbra Editora, p. 30.

<sup>94</sup> *A forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2012, p. 45.

(e) separação entre os poderes políticos de modo a evitar a concentração de poder; (f) as decisões políticas passam a ser tomadas pela vontade da maioria através de um Parlamento composto por membros eleitos que representem a vontade soberana do povo; g) os poderes soberanos só possuem legitimidade quando observam a competência que a Constituição lhes reserva; h) o pertencimento de um indivíduo a uma comunidade não decorre mais da filiação ou da integração em uma classe, mas sim do fato de ser um cidadão, condição que iguala a todos em uma dada comunidade política.

## 2.1 Origem do sistema americano

Como já destacado no capítulo anterior, nos Estados Unidos, não havia preocupação com excessos do Poder Executivo, e sim com o poder desmedido do Parlamento inglês, onde os norte-americanos não estavam diretamente representados. Faltava-lhes liberdade para dispor sobre o funcionamento de seu comércio. Observe-se, nesse aspecto, que a liberdade do indivíduo se patenteia na comunidade social onde está inserido, e este só tem possibilidade de realizar sua vocação de “Ser livre” na sociedade política de que é parte do todo, como nos ensina ISABEL BANOND<sup>95</sup>. Como a política resulta do somatório entre o poder e a Liberdade, pois o exercício da autoridade por meio de um governo não pode descuidar da participação dos indivíduos neste processo<sup>96</sup>, se percebe que a falta de representatividade dos norte-americanos perante o Legislativo inglês, a instituição de tributos sobre os colonos sem concordância das assembleias locais (episódio que levou ao lema *no taxation without representation*) e a criação de leis que retiravam a liberdade comercial dos norte-americanos, como a Lei do Chá (1763), do Açúcar (1764) e do Selo (1766), fomentaram a revolta perante a Coroa Britânica, abrindo caminho para a Revolução Americana. Em 1774, foi organizado um Congresso na Filadélfia composto pelos delegados das 13 colônias a fim de que fossem tomadas providências contra as medidas restritivas inglesas. O rei inglês, George III, não aceitou as propostas do

---

<sup>95</sup> “A ideia de liberdade e as suas plúrimas formas de teorização moderna”, *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, Editora Coimbra, 2006, p. 456.

<sup>96</sup> “A ideia de liberdade e as suas plúrimas formas de teorização moderna”, *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, Editora Coimbra, 2006, p. 464.

Congresso e adotou medidas ainda mais controladoras e limitadoras da liberdade dos colonos. Na esteira de tal acontecimento, foi declarada a independência dos Estados Unidos por Thomas Jefferson, em Congresso realizado em 1776, e proclamada a Declaração de Direitos do Estado de Virgínia<sup>97</sup>, na qual foi estabelecido que o poder emana do povo, que todos são igualmente livres e possuem o direito inalienável à vida, liberdade, propriedade e à busca da felicidade e segurança, foi instituída a separação de poderes e reconhecida a liberdade de religião e de imprensa. A Inglaterra não aceitou a independência de suas colônias e declarou guerra aos Estados Unidos, que se iniciou em 1776 e terminou em 1783. A *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pelas Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, Constituição da Confederação dos Estados Americanos de 1781, e, finalmente, pela Constituição da Federação de 1787 constituem marcos do constitucionalismo americano.

Em razão da desconfiança norte-americana em relação ao Parlamento, sentiu-se a necessidade de submeter o Poder Legislativo a limites rígidos, o que fez com que a Constituição americana estabelecesse uma precisa divisão entre os poderes e também um controle recíproco entre eles, o que favoreceu a aceitação de que o controle das leis poderia ser realizado pelos Tribunais. Releva destacar que, no tocante a antecedentes históricos próximos, a doutrina constitucionalista norte-americana se inspirou em precedentes britânicos, notadamente no entendimento asseverado pelo juiz *sir* Edward Coke no julgamento do caso Bonham, em 1610, no sentido de que a Common Law constituía *higher law* e operava como lei fundamental que deveria ser observada pelo Parlamento inglês<sup>98</sup>. O controle da supremacia da *common law* cabia aos juízes e tal entendimento predominou na Inglaterra até 1688, quando passou a vigor a doutrina da supremacia do Parlamento, e nas colônias inglesas, que eram regidas por cartas ou estatutos da Coroa, sendo possível a edição de leis, desde que em conformidade com as leis do Reino da Inglaterra<sup>99</sup>. A supremacia da lei inglesa foi posteriormente substituída pela supremacia da Constituição.

---

<sup>97</sup> Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>.

<sup>98</sup> DE MORAIS, Blanco, *Justiça constitucional*, tomo I, Coimbra editora, 2ª edição, p. 275 e DELLORE, Luiz, *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 232.

<sup>99</sup> CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 61-62.



Dentre vários artigos publicados por Alexander Hamilton em colaboração com John Jay e James Madison, em Nova Iorque, entre 1787 e 1788, conhecidos como *Federalist Papers*, que tinham por intuito argumentar em favor da ratificação da Constituição federal americana, podemos ressaltar o de nº 78 em que HAMILTON lança a gênese do controle de constitucionalidade ao destacar que o Poder Judiciário é o mais fraco de todos os Poderes, porque não segura a espada da comunidade, como o Executivo, nem comanda o dinheiro ou prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de cada cidadão devem ser regulados, como o Legislativo e, portanto, não possui nenhum controle sobre a força ou riqueza da sociedade, necessitando do braço do Executivo para fazer valer suas decisões e não lhe sendo possível tomar nenhuma resolução por si mesmo. Salienta ainda que os Tribunais foram projetados para ser um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo para, dentre outras atribuições, manter o Parlamento dentro dos limites atribuídos à sua esfera de atuação, o que não implica em superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo, apenas supõe que o poder do povo é superior aos dois, e, por conseguinte, quando a vontade da legislatura se opõe a do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados por esta e regular suas decisões pelas leis fundamentais e não por aquelas que não são fundamentais<sup>100</sup>.

Nesse contexto, alguns precedentes surgiram em que os Tribunais Estaduais reconheciam a nulidade de leis em razão de sua incompatibilidade com a Constituição do respectivo estado<sup>101</sup>, como no caso *Holmes v. Walton*, de Nova Jersey (1780) ou no caso *Trevett v. Weeden*, em Rhode Island (1786)<sup>102</sup>. No entanto, o julgamento que historicamente instituiu o controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos ocorreu em 1803, na Corte Suprema, que fora criada através do *Judiciary Act* de 1789, no célebre caso *Marbury v. Madison*. O caso envolve a nomeação dos *Midnight Judges* por John Adams (federalista), presidente dos Estados Unidos, na véspera de deixar o cargo. Após a derrota na eleição presidencial, Adams conseguiu a aprovação, em 1801, do *Judiciary Act*, em que se criava 18 cargos judiciais, e da lei de organização do novo distrito de Columbia, que criava 42 cargos de juiz de paz. Adams

---

<sup>100</sup> HAMILTON, Alexander, *Federalist Papers*, The Judiciary Department, nº 78. Disponível em: <<http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed78.htm>>.

<sup>101</sup> Conforme ensina Capeletti, um dos primeiros atos de independência das colônias inglesas foi o de substituir as velhas Cartas da Coroa Inglesa pelas novas Constituições, que eram concebidas como leis fundamentais dos novos Estados independentes. (CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 62)

<sup>102</sup> POLETTI, Ronaldo, *Controle de constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 25.

nomeou seu antigo secretário de Estado, John Marshall para a Suprema Corte e, dentre os juízes de paz nomeados para os novos cargos, estava William Marbury. Contudo, Marshall não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, apesar de já assinados pelo Presidente e de já contarem com o selo dos Estados Unidos, entre eles o de William Marbury. Os republicanos lograram revogar o *Judiciary Act* em 1802 com a consequente extinção dos cargos de juízes criados por Adams. Thomas Jefferson, presidente eleito (republicano), se negou a investir Marbury no cargo de juiz de paz, alegando que até o ato de entrega do título a nomeação não poderia ser considerada completa. Marbury não tomou posse no cargo e recorreu à Suprema Corte para que James Madison, então secretário de Estado, o empossasse. O caso levou alguns anos para ser julgado, o que gerou desgaste da Corte perante a opinião pública e imprensa. O Governo se manifestou sobre o caso, afirmando que o deferimento do pedido geraria uma crise entre o Executivo e Judiciário, havendo receio de que, se concedida, a ordem não seria cumprida pelo Presidente. Em seu voto, Marshall reconheceu o direito de Marbury à investidura no cargo, porém, explicitou que as competências da Suprema Corte estavam previstas na Constituição e que era inconstitucional a lei que havia concedido competência à Corte para julgar o caso. Desse modo, ao mesmo tempo em que em defendeu seus correligionários federalistas contra a ilegalidade praticada por Jefferson (recusa de investidura), Marshall evitou um confronto com o Executivo e o Judiciário. Marshall ressaltou ainda em seu voto que a Constituição era lei superior, soberana, irreformável por meios comuns, e que o ato legislativo contrário à Constituição era nulo, cabendo aos Tribunais a autoridade para declarar tal invalidade<sup>103</sup>.

Verifica-se que o controle de constitucionalidade norte-americano não proveio do texto expresso da Constituição. O denominado *judicial review of legislation*, atualmente conhecido como *controle difuso* de constitucionalidade, que consiste na competência de todo e qualquer juiz, em um caso concreto, reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei e, por conseguinte, deixar de aplicá-la diante de sua invalidade perante a Constituição, surgiu de construção jurisprudencial baseada no princípio da supremacia da Constituição.

---

<sup>103</sup> BRANDÃO, Rodrigo, *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*, Editora Lumen Iuris, 2012, p. 32-33 e POLETTI, Ronaldo, *Controle de constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 32-34.

## 2.2 O cenário europeu

Já na Europa, o constitucionalismo adotou caminhos distintos do norte-americano, pois lá, diferentemente dos Estados Unidos da América, imperava o absolutismo, os homens não nasciam livres e eram considerados desiguais, de acordo com o estamento a que pertenciam. Com o iluminismo, o homem deixa de ser visto como pertencente a um estamento, passando a ser considerado como um ser dotado de autonomia e liberdade perante o Estado<sup>104</sup>. O movimento filosófico e cultural das luzes é acompanhado pelo surgimento do pensamento político liberal, que procura analisar o conteúdo do poder político sob outro prisma, já que até então na Europa se considerava que o poder político emanava de Deus para os reis. O liberalismo consagra a liberdade como objetivo máximo e justificação dos regimes políticos, repugnando toda a forma de opressão política e colocando os direitos do indivíduo à frente das razões de Estado, dos interesses de grupos e determinações da coletividade<sup>105</sup>. Com o liberalismo, nasce uma nova era, sinalada pelo projeto constitucional – o Estado nasce de um ato jurídico (a Constituição) e passa a estar vinculado a regras jurídicas<sup>106</sup>.

A escola iluminista defende a existência de uma fase primitiva da vida humana em que não há poder político e que os homens vivem entregues à própria sorte e a denomina de estado da natureza. Para HOBBS, o estado de natureza é um estado de guerra, onde a existência humana é impossível, já que a autopreservação que move o homem se revela destrutiva na ausência de um poder político que contenha seus imperativos<sup>107</sup>. A necessidade de sobrevivência faz com que os homens cedam o direito de governar a si mesmos para um homem ou assembleia de homens. Trata-se de um pacto entre os homens que institui um soberano, a quem é transferida toda força

---

<sup>104</sup> TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, Editora Saraiva, 2005, p. 167.

<sup>105</sup> BANOND, Isabel, “A ideia de liberdade e as suas plúrimas formas de teorização moderna”, *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, Editora Coimbra, 2006, p. 480.

<sup>106</sup> BRANCO, Susana Antas Fernandes Videira, *Uma leitura da questão social – contributo para a História das ideias políticas no Portugal Contemporâneo (1820-1890)*, tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p. 44.

<sup>107</sup> COUTINHO, Luís Pereira, *A autoridade moral da Constituição, da fundamentação da validade do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2009, p. 23.

e poder. Já para JOHN LOCKE, teorizador da Revolução Gloriosa<sup>108</sup>, o estado de natureza não é um estado de guerra, e sim um estado de igualdade e de perfeita liberdade<sup>109</sup>. De acordo com LOCKE, os homens passam do estado da natureza para o estado de sociedade quando renunciam ao poder de defender seus direitos por conta própria e consentem que alguns governem a comunidade através de um contrato entre os homens<sup>110</sup>. Para que tal intento seja atingido, é necessário que a elaboração de leis fique a cargo do Legislativo, cabendo à maioria o direito de agir e deliberar pelos demais, segundo exige o bem público, bem como que a observância e execução das leis sejam confiadas ao Executivo. Denota-se que o filósofo inglês é o verdadeiro idealizador da divisão de poderes, conceito comumente atribuído a Montesquieu, que posteriormente recuperou a ideia<sup>111</sup>. Em crítica à monarquia absolutista, LOCKE defende que, como todos os homens são naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio consentimento<sup>112</sup>. Verifica-se que, na concepção de LOCKE, o poder político não pode ser exercido de forma ilimitada, eis que encontra limites no direito natural e nos direitos individuais dos cidadãos<sup>113</sup>.

Na esteira desse pensamento, MONTESQUIEU<sup>114</sup> adverte que, para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Em 1748, é publicado o renomado *De l'Éspirit des Lois*, onde o Barão de Montesquieu expõe a célebre teoria da separação dos Poderes, ao afirmar que em cada Estado existem três tipos de poder. Ou seja, além dos poderes já enunciados por LOCKE (legislativo e executivo), o Barão acresce o poder judicial. Para MONTESQUIEU, não haveria liberdade política se o mesmo homem ou o mesmo corpo de homens (principais, nobres ou povo) exercesse os três poderes, o de fazer leis, o de executar as

---

<sup>108</sup> Ocorrida na Inglaterra entre 1688 e 1689, culminou na destituição do rei Jaime II do trono britânico, instituindo-se a Monarquia Parlamentar, em substituição ao absolutismo, na qual o poder do rei é delimitado pelo parlamento.

<sup>109</sup> LOCKE, John, *O Segundo Tratado sobre o Governo*, Editora Martins Fontes, 1998, p. 06.

<sup>110</sup> “Apenas existirá sociedade política onde cada qual de seus membros renunciou ao poder natural, colocando-o nas mãos do corpo político em todos os casos que não o impeçam de apelar à proteção da lei por ela estabelecida” (LOCKE, John, *O Segundo Tratado sobre o Governo*, Editora Martins Fontes, 1998, p.12).

<sup>111</sup> BRANCO, Susana Antas Fernandes Videira, *Uma leitura da questão social – contributo para a História das ideias políticas no Portugal Contemporâneo (1820-1890)*, tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p. 160.

<sup>112</sup> LOCKE, John, *O Segundo Tratado sobre o Governo*, Editora Martins Fontes, 1998, p.14.

<sup>113</sup> FREITAS DO AMARAL, Diogo, *História das ideias políticas*, Vol. II, Lisboa, 1997, p. 22.

<sup>114</sup> MONTESQUIEU, *O Espírito das leis*, tradução Cristina Murachco, Martin Fontes, São Paulo, 2000, Livro XI, capítulo IV p.166.

leis e o de julgar crimes ou querelas entre particulares<sup>115</sup>. Além da separação dos poderes, Montesquieu defende que o governo monárquico possui grande vantagem sobre o governo republicano, eis que o fato de os negócios serem conduzidos por um só homem conduz a maior presteza em sua execução<sup>116</sup>. Para o filósofo francês, o regime político ideal é a monarquia. Contudo, não se trata de uma monarquia absoluta, mas sim de uma monarquia cujo princípio de governo é a honra, o que acarreta um governo inerentemente limitado em razão do respeito aos vários órgãos e instituições que compõe o tecido social (poderes intermédios) e do respeito às leis, costumes e tradições<sup>117</sup>.

Inspirados pelos ideais iluministas, em 14 de julho de 1789, os franceses promovem a tomada da Bastilha, marcando o início da Revolução Francesa, que estabeleceu o fim do Antigo Regime e implicou na elaboração de uma Constituição escrita, em que o poder do Rei era limitado pelo Parlamento e na qual o poder de julgar era conferido a magistrados, tal como preconizado por MONTESQUIEU. Para a França revolucionária, a lei é o instrumento dos direitos e das liberdades, pois é a expressão da vontade geral<sup>118</sup> e corresponde à soberania popular<sup>119</sup>.

Enquanto nos Estados Unidos os homens nasciam livres e iguais, o mesmo não ocorria na França, como já assinalado anteriormente, e, por conseguinte, o constitucionalismo francês possuía a tarefa de modificar o corpo social através da ação dirigente do Estado, empreendida através da lei e executada pelo poder executivo. Nesse cenário, os juízes nada mais eram do que autômatos, cuja boca pronunciava as palavras da lei, e, portanto, não podiam interpretá-la, cabendo tal papel ao Poder Legislativo, como exsurge do *référé législatif*<sup>120</sup>, existente na França, que estipulava que caberia aos Tribunais se dirigirem ao Parlamento sempre que fosse necessário interpretar uma lei. Os julgamentos deveriam constituir um texto preciso da lei, sob

---

<sup>115</sup> MONTESQUIEU, *O Espírito das leis*, tradução Cristina Murachco, Martin Fontes, São Paulo, 2000, Livro XI, capítulo VI, p. 168.

<sup>116</sup> MONTESQUIEU, *O Espírito das leis*, tradução Cristina Murachco, Martin Fontes, São Paulo, 2000, Livro IV, capítulo X, p. 67.

<sup>117</sup> COUTINHO, Luis Pereira, *Teoria dos regimes políticos*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, p. 61.

<sup>118</sup> Segundo Rousseau, “cada um de nós coloca em comum sua vontade, os seus bens, a sua força e sua pessoa sob direção da vontade geral”. A deliberação pública pode obrigar todos os súditos para com o soberano, e aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será coagido a fazê-lo por todo o corpo social. (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O contrato social*, tradução Manuel João Pires, Círculo de leitores, 2008, p. 66 e 69).

<sup>119</sup> AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República*, Coimbra Editora, 2012, p. 60.

<sup>120</sup> TAVARES, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, Editora Saraiva, 2005, p. 39.

pena de corresponder à opinião particular do juiz e as pessoas viverem em sociedade sem saber precisamente os compromissos que assumiram<sup>121</sup>.

No período que se inicia no fim do século XVIII e termina com a 1ª Guerra Mundial, a ordem jurídica na Europa é caracterizada pela primazia da lei ordinária e não pela primazia da Constituição, na medida em que esta não era vista como fundamento normativo de estruturação da sociedade, mas como um documento destinado a organizar politicamente os três poderes do Estado. O Poder Legislativo era tido como o órgão que representava a vontade popular e a lei, como expressão da vontade geral, não poderia ser considerada arbitrária. Diante da supremacia das leis, não havia espaço para uma Constituição dotada de força normativa, tampouco cabia aos Tribunais interpretar as leis ou declará-las inválidas através de um sistema de controle de constitucionalidade. Denota-se, portanto, que a sacralização das leis na Europa não permitiu que a Constituição fosse reconhecida como lei suprema, impedindo à época a implantação de um controle de constitucionalidade de normas<sup>122</sup>.

Ao longo dos séculos XIX e XX, os Estados europeus conheceram vários textos constitucionais, salvo a Inglaterra, que não adotou uma Constituição escrita. Somente no século XX, as Constituições europeias lograram atingir seu pleno valor jurídico, sendo reconhecidas como norma fundamental e estruturante da comunidade política. Para tanto, foi necessário superar a desconfiança existente em relação ao Poder Judiciário, que era visto como subserviente aos interesses dos Monarcas, passando a ser acolhida a noção de que os juízes são independentes e imparciais, bem como foi preciso por fim ao mito da soberania do legislador, defendida por SIÉYES<sup>123</sup>, e aceitar que as leis podem ser reprováveis e injustas e com isso deixar de proteger as pessoas e seus direitos, especialmente as minorias. No que atine ao dogma da infalibilidade da lei, a experiência vivida durante o fascismo e nazismo soterrou definitivamente a crença de que o legislador, por representar a vontade geral, não poderia ser iníquo e comprovou que a adoção da vontade da maioria nem sempre garante o primado do Direito.

---

<sup>121</sup> MONTESQUIEU, *O Espírito das leis*, tradução Cristina Murachco, Martin Fontes, São Paulo, 2000, Livro XI, capítulo VI, p. 175.

<sup>122</sup> FAVOREU, Louis, *As Cortes Constitucionais*, tradução Dunia Marinho Silva, Landy Editora, 2004, p. 20.

<sup>123</sup> “A Assembleia Geral contém os verdadeiros representantes da Nação, sendo a única encarregada de expressar a vontade geral, de maneira a excluir qualquer influência externa ao parlamento no processo de formação da lei” – apud BRANDÃO, Rodrigo, *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*, Editora Lumen Iuris, 2012, p. 48.

## 2.3 A origem do sistema austríaco

Ainda no século XIX, a Constituição do Império Austro-Húngaro de 1867 incumbiu ao Tribunal do Império, dentre outras competências, decidir as controvérsias entre o Império e as províncias e, ainda, como última instância de reclamação administrativa, julgar as representações de cidadãos contra alegadas violações por parte do Poder Executivo de direitos conferidos pela Constituição<sup>124</sup>. No entanto, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis surgiria apenas no século seguinte.

Após a derrota na 1ª Guerra Mundial, em 1918, o Imperador austríaco Carlos I renunciou ao trono e houve o desmembramento do Império Austro-Húngaro. Com o fim do regime monárquico, foi promulgada a Constituição austríaca de 1920, que, além de instaurar a República, instituiu, com a contribuição de Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade concentrado, através do qual o Tribunal Constitucional, um órgão soberano e político, e separado dos restantes dos Tribunais, poderia invalidar uma lei diante de sua desconformidade com a Constituição.

O modelo austríaco não se expandiu imediatamente pela Europa, sendo adotado apenas pela Tchecoslováquia (1920) e Espanha (1931). Somente após o fim da 2ª Guerra Mundial o modelo de controle concentrado de constitucionalidade delineado por Kelsen passou a ser adotado de forma consistente em outros países europeus, como a Itália (1947) e Alemanha (1949). Já na Grécia, Dinamarca, Suécia e Noruega foi adotado um modelo mais assemelhado ao norte-americano<sup>125</sup>.

Observe-se que o modelo de fiscalização de constitucionalidade austríaco previa a interposição de recurso de inconstitucionalidade a qualquer tempo pelo Governo Federal, em caso de arguição de inconstitucionalidade das leis dos Länder, ou pelos Governos dos Länder, em caso de denúncia de inconstitucionalidade das leis do governo federal, no curso do processo, queria suspenso até ser proferida decisão quanto à constitucionalidade da norma pelo Tribunal Constitucional<sup>126</sup>. A sentença que

---

<sup>124</sup> URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, Almedina, 2013, p. 57.

<sup>125</sup> FAVOREU, Louis, *As Cortes Constitucionais*, tradução Dunia Marinho Silva, Landy Editora, 2004, p. 18.

<sup>126</sup> DELLORE, Luiz, *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 245.

reconhecia a inconstitucionalidade da lei poderia anulá-la total ou parcialmente, produzindo efeitos *erga omnes* a partir de sua publicação<sup>127</sup>.

Verifica-se, destarte, que o mecanismo de fiscalização de constitucionalidade elaborado por Kelsen, incorporado na Constituição austríaca de 1920, incumbiu a uma Corte Constitucional a tarefa de realizar o controle de constitucionalidade das leis de modo concentrado e por via de ação direta, diferentemente do *judicial review* norte-americano. Para o jurista austríaco, a desvantagem da adoção do sistema de controle de constitucionalidade *in concreto*, como ocorre nos Estados Unidos da América, é a insegurança jurídica que pode causar, na medida em que os diversos órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes quanto à constitucionalidade de uma norma. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão seria uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição<sup>128</sup>, na medida em que, nos países que adotam o sistema de *civil law*, como a Áustria, não se aplica a doutrina do *stare decisis*, segundo a qual as decisões judiciais devem partir de seus precedentes, o que faz presumir uma maior coerência, equidade e segurança nas decisões proferidas em países que seguem o sistema do *common law*, como os Estados Unidos.

Importante destacar que Kelsen não nega o caráter político da jurisdição em si, mais ainda da jurisdição constitucional, pois, segundo ele, toda sentença possui um elemento decisório, que representa o exercício de poder. O legislador, ao permitir que um juiz decida conflitos em favor de um ou outro indivíduo, lhe confere o poder de criação do direito, poder este que possui a mesma índole política que a legislação, esta, naturalmente, em maior medida. Por conseguinte, a atribuição da fiscalização de constitucionalidade das leis a um Tribunal Constitucional não se deve à pretensão de se isolar o caráter político do exercício da função jurisdicional, mas sim em atribuir uniformidade às decisões relativas a questões constitucionais. Ressalta o jurista austríaco que a atuação do Tribunal Constitucional fica restrita a uma tarefa de *legislador negativo*, pois, ao analisar em tese a compatibilidade da lei em face da Constituição com efeitos *erga omnes* de tal declaração, elimina uma norma geral do ordenamento jurídico<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> POLETTI, Ronaldo, *Controle de constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 63 e HORTA, Raul Machado, *Direito constitucional*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 153.

<sup>128</sup> KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, tradução do alemão Alexandre Krug, Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. 303.

<sup>129</sup> *Jurisdição constitucional*, tradução do alemão Alexandre Krug, Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. 263.



Em crítica ao posicionamento do filósofo austríaco, CARL SCHMITT alerta que a concentração de todos os conflitos constitucionais em um único tribunal tornaria tal tribunal uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais e que, sob o aspecto democrático, constituiria uma aristocracia da toga<sup>130</sup>. O filósofo alemão defendia que as divergências de opinião entre os titulares de direitos políticos de decisão deveriam ser resolvidas por um terceiro neutro e não por qualquer dos poderes já existentes, sob pena de se obter um sobrepeso perante os demais poderes e deste poder se tornar o senhor da Constituição<sup>131</sup>. Influenciado por Benjamin Constant, SCHMITT ressuscita a teoria da posição do chefe de Estado neutro, a quem não caberia a atividade contínua de comando e regulamentar, mas apenas a intermediária, defensora e reguladora, e, somente em casos de emergência, atividade ativa<sup>132</sup>. Para SCHMITT, a Constituição de Weimar coloca o Presidente do Reich, escolhido pelo povo alemão, como centro de um sistema de neutralidade e independência político-partidária e, por conseguinte, cabe a ele a função de guardião da Constituição<sup>133</sup>.

A teoria de Schmitt apresenta nítido caráter autoritário, na medida em que representa enorme concentração de poder nas mãos do chefe do Poder Executivo e, como a História demonstra, sua utilização culminou na ascensão do nazismo na Alemanha<sup>134</sup>. A obrigação de o chefe do Poder Executivo cumprir e defender a Constituição é inerente ao exercício de um poder do Estado, cabendo aos demais poderes exercerem igual múnus, que não se confunde com a tarefa de, por último, resolver os conflitos constitucionais. Nesse aspecto, cumpre frisar que a limitação constitucional dos poderes somente será eficaz quando a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos não incumbir aos próprios poderes políticos que produziram tais atos.

Já no que atine à avaliação de Schmitt quanto à legitimidade da Justiça Constitucional para declarar a nulidade de uma lei criada pelos representantes da

---

<sup>130</sup> SCHMITT, Carl, *O guardião da Constituição*, tradução Geraldo de Carvalho, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 228.

<sup>131</sup> SCHMITT, Carl, *O guardião da Constituição*, tradução Geraldo de Carvalho, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 193.

<sup>132</sup> SCHMITT, Carl, *O guardião da Constituição*, tradução Geraldo de Carvalho, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 200.

<sup>133</sup> SCHMITT, Carl, *O guardião da Constituição*, tradução Geraldo de Carvalho, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 232-233.

<sup>134</sup> “O papel de defensor da Constituição de Weimar, começando por ser protagonizado pelo vacilante Presidente Hidenburgo, acabou por se concentrar, após sua morte, no chanceler Hitler, que, usando algumas das faculdades excepcionais e supostamente neutrais insertas no art. 48, aniquilou a Constituição de que era paladino e instituiu um regime totalitário, com o respaldo originário do próprio Schmitt”. (DE MORAIS, Blanco, *Justiça Constitucional*, tomo I, Coimbra editora, 2ª edição, p. 274)

maioria - o que seria considerado antidemocrático, na medida em que o Poder Judiciário não passa pelo crivo eleitoral – tal tese não se sustenta nos países em que o controle de constitucionalidade está previsto nos textos constitucionais, como foi o caso da Constituição austríaca de 1920. Em tais ordenamentos jurídicos, a legitimidade da Justiça Constitucional advém do Poder Constituinte<sup>135</sup> e, consequentemente, da vontade da maioria, que opta por cercear a liberdade do Legislador a fim de proteger as minorias e garantir o pluralismo e a unidade do Estado<sup>136</sup>. Para tanto, delega à jurisdição constitucional o poder de controlar a constitucionalidade das leis elaboradas pelo Parlamento, atuando aquela como verdadeiro legislador negativo, como preconizou Kelsen, em nítido caráter contramajoritário ou limitador da democracia majoritária<sup>137</sup>. Ademais, não se pode olvidar que a legitimidade advinda do voto não é suficiente para garantir que o exercício do poder seja legítimo, na medida em que os políticos eleitos pelo povo não são obrigados a cumprir promessas de campanha, tampouco a acatar as manifestações de seus eleitores em um ou outro sentido. A legitimidade democrática decorrente do voto não garante, portanto, a legitimidade do exercício do poder político ao longo do mandato eletivo.

A jurisdição constitucional constitui, portanto, meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria, na feliz síntese de Kelsen, ou seja, garante que certas questões fundamentais só podem ser decididas em acordo com a minoria, pois a essência da democracia não reside na onipotência da maioria, mas na paz social, que perpassa pelo respeito aos direitos constitucionalmente garantidos tanto à minoria como à maioria<sup>138</sup>.

A distinção entre os modelos de controle de constitucionalidade norte-americano e austríaco reside basicamente em saber *quem deve ser o guardião da Constituição*. No sistema norte-americano, “o intérprete final da Constituição deve ser

---

<sup>135</sup> Entendimento perfilhado por Jorge Reis Novais (*Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*, Coimbra Editora, 1ª edição, p. 141).

<sup>136</sup> Nesse sentido, Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 533.

<sup>137</sup> Nesse sentido Otto Pfersmann: “... a justiça constitucional constitui de fato uma limitação da democracia majoritária, direta ou representativa pela qual certas decisões, dependendo da maioria simples, podem ser anuladas por um órgão jurisdicional devido a uma contradição com as prescrições advindas de uma maioria qualificada, qualquer que seja o modo de qualificação e qualquer que seja o modo de designação (democrático ou não), dos membros desta jurisdição” (*Positivismo jurídico e Justiça constitucional no século XXI*, tradução de Alexandre Coutinho Pagliarini, Editora Saraiva, 2014, p. 138).

<sup>138</sup> *A jurisdição constitucional*, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 181/82.

o poder judicial, todo ele, não havendo, portanto, lugar a qualquer divisão ou separação estrutural entre o juiz de direito comum e o juiz de direito constitucional”<sup>139</sup>. Já no sistema kelsiano, a fim de preservar a autoridade da Constituição e garantir a uniformidade das decisões pertinentes a questões constitucionais se sustenta a ideia de que o controle de constitucionalidade das leis deve ser incumbido a um único órgão e como função exclusiva deste. Nas palavras de FAVOREU<sup>140</sup>, “a Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”.

Em ambos os sistemas – americano ou austríaco – a fiscalização de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público, seja no aspecto formal ou no aspecto material, se trata de verdadeiro instrumento de limitação do poder político e de proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Como bem frisou LENIO STRECK<sup>141</sup>, a Justiça Constitucional é condição de possibilidade do Estado democrático de direito, pois cabe a esta a guarda da vontade geral, contida de modo perene nos princípios fundamentais positivados no ordenamento jurídico.

Muitos são os critérios existentes para se classificar as espécies de controle de constitucionalidade existentes, contudo, neste capítulo, o estudo foi limitado aos traços distintivos entre o modelo norte-americano e o austríaco, a fim de se apresentar a origem dos sistemas jurisdicionais de fiscalização de constitucionalidade nos Estados Unidos e na Europa, respectivamente. No próximo capítulo, serão abordadas outras formas de classificação do controle jurisdicional de constitucionalidade.

---

<sup>139</sup> DO AMARAL, Maria Lúcia, “Problemas da *judicial review* em Portugal”, *Revista Themis*, n. 10, 2005, p. 72.

<sup>140</sup> FAVOREU, Louis, *As Cortes Constitucionais*, tradução Dunia Marinho Silva, Landy Editora, 2004, p. 15.

<sup>141</sup> “Jurisdição constitucional e decisão jurídica”, *Revista dos Tribunais*, 4ª edição, p. 115 e 151.

### **3. O exercício do controle de constitucionalidade – princípios informativos de interpretação das normas e tipologia**

#### **3.1 Os princípios informativos da interpretação das normas frente à Constituição**

Como já frisado anteriormente, as normas constitucionais possuem características próprias que as distinguem das normas infraconstitucionais, entre elas a superioridade jurídica, o caráter político, a linguagem aberta - que permite sua conformação pelo legislador -, e um conteúdo específico, já que cabe à Constituição dispor sobre as matérias essenciais para organização da sociedade, divisão de poder e reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A Justiça Constitucional submete aos juízes e Tribunais o exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos órgãos políticos e legislativos a fim de que aqueles afirmem a conformidade material e formal destes, segundo o paradigma superior da Constituição, utilizando-se, para tanto, de princípios próprios de interpretação, além daqueles utilizados para a interpretação em geral (gramatical, teleológico, histórico, sistemático). Podemos destacar os seguintes princípios:

(a) princípio da supremacia da Constituição, que como já visto previamente, é o que reconhece posição hierárquica superior à Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico e o que induz ao controle de constitucionalidade de modo a assegurar essa superioridade. Portanto, tal postulado rejeita qualquer tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei, na medida em que é aquela que confere fundamento de validade a esta;

(b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público - a atuação do Poder Público é legitimada através da eleição dos agentes públicos que compõe o Poder Executivo e o Poder Legislativo e a quem cabe agir na promoção do interesse público, respeitando os princípios que regem a administração pública, como legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Considerando que uma norma infraconstitucional passa pela chancela tanto do Poder Legislativo, como do Executivo, há que se creditar validade àquela, ou seja, existe uma presunção relativa de constitucionalidade dos atos, cabendo a quem afirma em sentido contrário,

provar que o ato é inconstitucional, e, ao Poder Judiciário, invalidá-la somente quando houver certeza da existência do vício alegado. Note-se que o quórum qualificado exigido dos Tribunais brasileiros para declaração de inconstitucionalidade de uma norma decorre deste princípio, na medida em que a maioria absoluta dos desembargadores ou Ministros deve ter a mais profunda convicção acerca da inconstitucionalidade, a fim de que seja possível o reconhecimento da invalidade da norma<sup>142</sup>;

(c) princípio da interpretação conforme à Constituição – busca preservar a validade da norma, atribuindo-lhe o sentido que melhor se amolde aos ditames constitucionais. Isto é, dentre diversas interpretações da norma, deve-se optar por aquela que esteja em conformidade com a Constituição, excluindo-se as demais. Trata-se de um princípio e técnica de decisão, que será explicitada mais adiante quando analisadas as denominadas sentenças intermédias;

(d) princípio da efetividade – todas as normas constitucionais são imperativas e dotadas de eficácia jurídica, ainda que contenham conceitos indeterminados, cabendo ao intérprete fazer um esforço de densificação, a fim de que a norma apresente eficácia social, ou seja, que seu comando normativo seja concretizado no mundo dos fatos. Por conseguinte, não se pode dar a nenhuma norma constitucional interpretação que lhe remova ou minimize sua razão de ser. Ressalte-se, nesse aspecto, que as normas programáticas - preceitos indicadores de fins sociais a serem atingidos -, ainda que não prescrevam uma conduta exigível, invalidam comportamentos que lhe sejam adversos, devendo tal aspecto ser considerado quando da interpretação da norma conformadora produzida pelo legislador ordinário. A fim de observar o princípio da efetividade, dentre as interpretações possíveis, incumbe ao intérprete eleger aquela que permita a atuação prática da norma constitucional, fazendo com que esta prevaleça no mundo dos fatos;

(e) princípio da unidade da Constituição – a Constituição é a norma superior que confere unidade ao ordenamento jurídico e deve ser assimilada como um todo em busca de unidade e harmonia de sentido. Por conseguinte, as normas constitucionais

---

<sup>142</sup> POLETTI, *Controle de constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 107.

devem ser interpretadas de modo a se evitar contradições entre elas, eis que devem ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas<sup>143</sup>. Não existe hierarquia entre as normas constitucionais e, portanto, uma norma constitucional oriunda do Poder Constituinte não pode ser reconhecida como inconstitucional perante outra norma de igual jaez, devendo estas ser harmonizadas entre si de tal modo que ambas guardem alguma eficácia. Em sentido diverso, leciona OTTO BACHOF<sup>144</sup>, para quem existe a possibilidade de existir normas constitucionais inconstitucionais. Para o professor alemão, além da hipótese mais comum de inconstitucionalidade de normas constitucionais – quando não observadas as disposições processuais prescritas para se modificar a Constituição – também deve se considerar: (i) a inconstitucionalidade de norma constitucional que infrinja outra norma constitucional positivadora de direito supralegal, eis que, apesar de pertencer formalmente à Constituição, ofende conteúdo fundamental da Constituição e (ii) a inconstitucionalidade de norma constitucional que viole direito constitucional material não escrito, como os princípios constitutivos menos explícitos do sentido da Constituição. Em crítica a Bachof, JORGE MIRANDA<sup>145</sup> sustenta que, apesar de existirem valores supralegais em toda ordem jurídica, nem sempre tais valores possuem força suficiente para conformarem a Constituição e, por conseguinte, para estabelecer a constitucionalidade ou não de atos jurídicos públicos. Discorda ainda o insigne jurista português de que possa haver no interior da mesma Constituição originária, decorrente do mesmo Poder Constituinte, normas inconstitucionais;

(f) princípio da razoabilidade (sistema americano<sup>146</sup>) ou proporcionalidade (sistema alemão<sup>147</sup>) – permite o controle da discricionariedade dos atos emanados do Poder Público<sup>148</sup>, na medida em que este deve empregar o instrumento adequado ao fim perseguido, bem como utilizar o meio menos gravoso para chegar ao resultado

---

<sup>143</sup> BASTOS, Celso, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, Editora Malheiros, 4ª edição, p. 125.

<sup>144</sup> *Normas constitucionais inconstitucionais?*, tradução e nota prévia José Manuel M. Cardoso da Costa, Almedina, 2008, p. 62-64.

<sup>145</sup> *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 480.

<sup>146</sup> No direito americano, o princípio da razoabilidade decorre do princípio do devido processo legal em sua acepção substantiva e foi desenvolvido através de precedentes sucessivos, como é próprio do *common law*.

<sup>147</sup> Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade surgiu como mecanismo de controle dos atos administrativos e se subdivide em três subprincípios: adequação (o meio adotado deve ser apto para o alcance da finalidade pretendida), necessidade (meio utilizado deve ser o menos gravoso possível) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido).

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2011, p. 329.

pretendido, observando ainda que os benefícios devem superar os custos, sob pena de o ato ser inquinado de inconstitucional por inobservância do referido princípio.

Cumpre observar que, atualmente, o princípio da razoabilidade vem sendo amplamente utilizado na doutrina e na jurisprudência brasileira para dirimir conflitos aparentes entre normas constitucionais principiológicas. Como já destacado anteriormente, as Constituições modernas são dotada de normas principiológicas, que *dão vida, estrutura e conferem unidade ao texto constitucional, determinando-lhes as diretrizes fundamentais*<sup>149</sup>. Diante de sua maior maleabilidade para disciplinar eventos futuros, os quais o legislador não conseguiu prever, garantem ainda a efetividade e longevidade da Constituição<sup>150</sup>. Importante destacar que as normas principiológicas possuem o mesmo grau de eficácia jurídica das regras, no entanto, existem diferenças em sua aplicação prática. Para DWORKIN<sup>151</sup>, as normas abertas e principiológicas indicam um determinado caminho a seguir, enquanto a aplicação de regras se faz à base do tudo ou nada, ou seja, diante dos fatos estipulados pela regra, ou ela é válida e é aplicada, ou então não é válida e é desconsiderada. Logo, quando surge um antagonismo entre duas regras, ele se resolve sob o aspecto da validade, e para se descobrir qual a regra deve prevalecer em determinada situação, se utilizam critérios de solução de antinomias, como, por exemplo, o hierárquico, o da especialidade ou o cronológico. Já os princípios, quando em conflito, interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula, sendo necessário avaliar os princípios antagônicos que incidem sobre determinada questão e chegar a um veredicto<sup>152</sup>. Em sentido distinto, ROBERT ALEXY<sup>153</sup> sustenta que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, são mandamentos de otimização, pois podem ser satisfeitos em graus variados. A medida de sua satisfação não depende

---

<sup>149</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, Editora Malheiros, 4ª edição p. 148.

<sup>150</sup> Segundo Blanco de Moraes: “A Constituição não foi concebida pela dogmática constitucional como uma lei de aplicação instantânea, dependente da contingência de um dado momento histórico, já que procura, através de normas de *malha aberta*, regular adequadamente situações que ocorram num futuro mediato”. (*Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª edição, p. 61)

<sup>151</sup> *Levando os direitos a sério*, tradução Nelson Boeira, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 39.

<sup>152</sup> *Levando os direitos a sério*, tradução Nelson Boeira, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 114.

<sup>153</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros editores, 2008, p. 90-91.

somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes. Segundo ALEXY, as regras são sempre satisfeitas ou não, não há meio termo, já que elas contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Portanto, existindo um conflito entre princípios, cabe ao intérprete hierarquizar os princípios e decidir qual deles é aplicável no conflito em questão, valendo-se, para tanto, de um conjunto de critérios (*lei de colisão*)<sup>154</sup>. Na esteira de tal teoria, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, LUIS ROBERTO BARROSO<sup>155</sup>, defende que a ponderação se trata de técnica de decisão jurídica, que tem por base o princípio da razoabilidade e é aplicada aos *hard cases*<sup>156</sup>, quando o método da subsunção<sup>157</sup> não se mostra suficiente para dirimir o aparente conflito normativo em virtude de as normas analisadas possuírem a mesma hierarquia e apresentarem soluções distintas, razão pela qual seria preciso identificar as normas apropriadas ao caso, assimilar os fatos relevantes e apurar os pesos que devem ser conferidos aos diversos elementos em disputa, produzindo assim a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. No que atine à aplicação da teoria de Alexy no Brasil, não se pode deixar de mencionar a crítica de LENIO STRECK<sup>158</sup>, que observa que aqui a ideia de Constituição como ordem de valores, oriunda da jurisprudência de valores alemã, é completamente inserida na teoria da colisão de princípios de Alexy e que esta mixagem teórica é incongruente, na medida em que este formulou sua teoria para racionalizar a ponderação de valores, enquanto no Brasil os pressupostos racionalizadores da teoria alexyana são quase que completamente ignorados, ao se colocar em uma balança os princípios em conflito e delegar ao intérprete a escolha entre um deles, o que acarreta o problema da discricionariedade do julgador, produzido pelo subjetivismo. Ou seja, os tribunais utilizam a ponderação como uma justificativa teórica para fundamentar os mais diversos entendimentos, o que redundaria na interpretação e na aplicação de normas principiológicas com esteio em

---

<sup>154</sup> “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro”. (*Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, 2008, p. 96)

<sup>155</sup> *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2011, p. 443, 445 e 446.

<sup>156</sup> Assim definidos por Dworkin como aqueles casos em que nenhuma regra previamente estabelecida dita a decisão em qualquer sentido. (*Levando os direitos a sério*, tradução Nelson Boeira, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 131)

<sup>157</sup> Método silogístico em que a premissa maior representa a norma e incide sobre a premissa menor, que são os fatos, produzindo um resultado decorrente da aplicação da norma ao caso concreto.

<sup>158</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 287.



convicções pessoais e de modo discricionário. Não cabe aqui estender o debate sobre discricionariedade judicial e como mitigá-la ou resolvê-la por fugir ao tema do trabalho, contudo, não se poderia olvidar de mencionar a problemática relacionada ao papel dos princípios em sede de interpretação constitucional e à aplicação do princípio da razoabilidade no Brasil por se tratar de tópico relevante no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade.

### **3.2 Algumas classificações quanto ao exercício do controle de constitucionalidade**

Releva destacar que vários são os critérios que se pode adotar para classificar as espécies de controle de constitucionalidade. No presente trabalho, não nos interessa abordar o controle político de constitucionalidade, mas somente o jurisdicional, considerando que o objeto deste estudo são as alterações introduzidas no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro de modo a otimizar a prestação da tutela jurisdicional. Portanto, somente serão abordadas as classificações que se enquadrem no modelo de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade brasileiro.

#### **3.2.1 O controle de constitucionalidade quanto à forma ou conteúdo**

Como já mencionado no primeiro capítulo, o controle jurisdicional de constitucionalidade pode ser formal ou material. Quando se pretende aferir se a norma elaborada pelo Parlamento segue os ditames do processo legislativo estabelecido na Constituição, como, por exemplo, se a norma obedece ao quórum de votação ou ao poder de iniciativa previsto na Carta Magna, estamos diante do controle formal de constitucionalidade, que examina apenas os aspectos formais da norma. Já quando se busca perquirir se o conteúdo da norma emanada do Poder Constituído está em conformidade com os preceitos constitucionais, falamos em controle material de constitucionalidade.

### 3.2.2 O controle de constitucionalidade quanto ao órgão que o exerce

No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade pode se subdividir, de acordo com o critério de quem o exerce, em difuso ou concentrado. Quando exercido por qualquer órgão judicial, aí se incluindo juízes das instâncias ordinárias, o controle se chama difuso, eis que se difunde por todo o Poder Judiciário. Contrariamente, quando exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal - em relação à arguição de inconstitucionalidade de norma que contrarie a Constituição da República - ou exclusivamente por um Tribunal de Justiça Estadual - em relação à arguição de inconstitucionalidade de norma que contrarie a Constituição estadual -, o controle de constitucionalidade é denominado de concentrado. Naturalmente, os legitimados ativos, para exercer um ou outro controle, se distinguem, pois, enquanto no controle difuso cabe às partes da demanda ou ao Ministério Público, que atua no processo, nos casos especificados em lei, suscitar a inconstitucionalidade da norma perante o juiz ou Tribunal, no controle concentrado, o rol de legitimados é limitado e varia de acordo com a espécie de ação objetiva tratada. A questão da legitimidade ativa nesse último caso será explorada mais profundamente no capítulo seis.

Como já visto anteriormente, o controle difuso de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, em célebre julgamento ocorrido perante a Suprema Corte em 1803, no caso *Marbury v. Madison*<sup>159</sup>, no qual se ajustou que a Constituição é a lei suprema do país, e que qualquer lei ordinária advinda do Parlamento e que com aquela não se compatibilizasse seria inválida, cabendo ao Poder Judiciário a autoridade para declarar tal invalidade. De acordo com o sistema americano, também denominado de *judicial review of legislation*, a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é de qualquer juiz que se depare em dado processo judicial com a arguição incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Já o controle concentrado despontou na Áustria, sob os auspícios de Hans Kelsen, que entregava a um Tribunal Constitucional, um órgão soberano e político, e separado dos Tribunais restantes, o poder de invalidar uma lei diante de sua desconformidade com a Constituição. No sistema austríaco, a atuação do Tribunal

---

<sup>159</sup> Conforme já explicitado na p. 32 do presente trabalho.

Constitucional se restringe a uma tarefa de *legislador negativo*, pois caberia a este a análise em tese entre a compatibilidade da lei e a Constituição com efeitos *erga omnes* de tal declaração. Portanto, de acordo com o modelo idealizado por Kelsen, a competência para julgar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais é de um único órgão, que realiza o controle em abstrato da norma.

### 3.2.3 O controle de constitucionalidade quanto ao modo de arguição

O controle jurisdicional de constitucionalidade previsto na Constituição brasileira, quanto ao modo de arguição, pode se dar pela via principal (em abstrato) ou de modo incidental (em concreto). No primeiro caso, se está diante de um processo objetivo em que o principal pedido é a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma<sup>160</sup> em tese, enquanto no segundo caso existe a discussão de um caso concreto (direito subjetivo das partes) que constitui o escopo do processo, tratando-se a constitucionalidade ou não da norma de questão prejudicial à solução do litígio. Enquanto no controle abstrato se declara a inconstitucionalidade da norma, no controle concreto deixa-se de aplicar a norma tida por inconstitucional.

O controle em abstrato é exercido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>161</sup> e a decisão proferida na demanda possui efeito *erga omnes*, implicando no expurgo da norma declarada como inconstitucional do ordenamento jurídico<sup>162</sup>. A decisão proferida em sede de controle concreto opera efeito *inter partes*, ou seja, a norma tida por inconstitucional deixa de ser aplicada ao caso particular, porém, se mantém vigente no ordenamento jurídico.

Como nos Estados Unidos impera a doutrina do *stare decisis* - em que os precedentes judiciais têm força vinculante sobre as novas decisões que dizem respeito aos mesmos casos, somente podendo ser alterados em caso de *overruling*<sup>163</sup> ou

---

<sup>160</sup> A ação de declaratória de constitucionalidade (ADC) existe no ordenamento jurídico brasileiro desde a Emenda Constitucional nº 03 de 1993, que alterou o art. 102, §2º da Constituição.

<sup>161</sup> Em relação à Constituição da República. Em relação à Constituição Estadual, incumbe ao Tribunal de Justiça Estadual o controle abstrato da norma estadual ou municipal.

<sup>162</sup> No capítulo 6, será abordada a Lei 9.868/99, que regulamenta o processo e julgamento de ADI, ADO e ADC, mormente quanto à modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

<sup>163</sup> Ocorre quando o Tribunal reconhece que o entendimento no precedente deve ser alterado ou porque a decisão anterior estava errada ou porque o contexto social se alterou e levou a um novo entendimento.

*distinguishing*<sup>164</sup>, e mesmo nessas hipóteses, deve o juiz partir das decisões anteriores e justificar o motivo de sua não aplicação<sup>165</sup> -, as decisões da Suprema Corte americana em matéria de constitucionalidade de normas possuem eficácia vinculante tanto horizontal (em relação à própria Corte) como vertical (em relação a Cortes inferiores).

Já no Brasil, nos casos de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle em concreto, o art. 52, X, da Constituição Brasileira, dispõe que cabe ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional em definitivo pelo STF. Para parte da doutrina brasileira, o ato do Senado empresta eficácia genérica à decisão definitiva emanada do STF e se trata de ato discricionário daquele, cabendo-lhe analisar a conveniência e oportunidade da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Este é o entendimento de CLÉMERSON MERLIN CLÉVE<sup>166</sup>, para quem a competência do Senado, enunciada no art. 52, X, da Constituição, não se trata de um dever constitucionalmente determinado de agir, mas sim de um ato discricionário, na medida em que a resolução suspensiva possui natureza política. Outros<sup>167</sup>, como BUZAID<sup>168</sup>, defendem que cabe ao Senado, após receber a decisão definitiva e transitada em julgado do STF acerca de inconstitucionalidade de dada norma, o dever de suspendê-la, podendo apenas analisar se os requisitos formais se encontram presentes, como o quórum qualificado exigido pela Constituição e que a declaração tenha se dado em processo subjetivo (controle *incidenter tantum*). O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o ato do Senado confere eficácia genérica à decisão definitiva de inconstitucionalidade, como se denota do julgamento do Mandado de Segurança nº 16.512<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> Ocorre quando os fatos do caso atual são diversos do precedente.

<sup>165</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Precedentes Judiciais e segurança jurídica - fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*, Editora Saraiva, 2014, p. 30-31.

<sup>166</sup> *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 95. Em igual sentido, Elival da Silva Ramos (*Controle de constitucionalidade no Brasil, Perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo III, p. 5), Paulo Brossard (“O senado e as leis inconstitucionais”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 13, nº 50, p. 55-64, 176) e Ronaldo Poletti (*Controle de Constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 153).

<sup>167</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 32ª edição, 2006, p. 43), Celso Ribeiro Bastos (*Curso de direito constitucional*, Editora Malheiros, 2010, p. 568) e Zeno Veloso (*Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Editora Del Rey, 3ª edição, 2003, p. 57)

<sup>168</sup> *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Saraiva, 1958, São Paulo, p. 89

<sup>169</sup> Disponível em: <[www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410](http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410)>.

Atualmente, o Ministro Gilmar Mendes<sup>170</sup>, defende que houve uma mutação constitucional em relação à aludida norma, sendo dispensável a publicação de Resolução pelo Senado Federal, a fim de que a decisão transitada em julgado que reconheça a inconstitucionalidade de determinada norma, proferida via incidental, opere efeito *erga omnes*. Para o citado Ministro do STF, a exigência de que a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental dependa de uma decisão do Senado Federal, introduzida pela Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas. Na visão de Gilmar Mendes, a ampla legitimação para se propor ação direta de inconstitucionalidade e a celeridade do seu procedimento, que permite a suspensão imediata da eficácia do ato normativo questionado através de medida cautelar, implicaram a alteração no cenário do controle de constitucionalidade, pois o controle difuso deixou de ser predominante, cedendo espaço ao controle concentrado. A utilização mais frequente do controle abstrato acarretou, por conseguinte, a predominância da eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Gilmar Mendes cita ainda as inovações legislativas, que passaram a conferir eficácia geral a decisões proferidas em sede de controle difuso, como se denota do art. 481, parágrafo único do CPC/1973, alterado pela Lei 9.756/98, que previa a possibilidade de os órgãos fracionários dos tribunais não submeterem ao plenário ou órgão especial a arguição de inconstitucionalidade, quando já houvesse pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Como a norma não exigia que o pronunciamento de inconstitucionalidade se desse em ação direta, se trata de hipótese de atribuição de eficácia geral a julgado proferido em sede de controle concreto. Na mesma toada, a Lei 9.882/99, em seu art. 10, §3º, conferiu à ADPF a característica de ponte entre os dois modelos de controle, eis que

---

<sup>170</sup> Voto proferido no julgamento da Reclamação 4335, julgada em 20/03/2014: “É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. [...] Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica”.

atribuiu eficácia geral a decisões de perfil incidental. Considerando, portanto, que os controles de constitucionalidade difuso e concentrado possuem natureza e finalidades idênticas, além de procedimentos comuns dominantes, entende o Ministro Gilmar que não mais existe legitimação na distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental e, portanto, o art. 52, X, da Constituição sofreu mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e da nova compreensão que se conferiu a tal norma.

Em ferrenha crítica a tal posicionamento, LENIO STRECK<sup>171</sup> defende que a atribuição conferida ao Senado através do art. 52, X, da Constituição outorga participação democrática ao controle difuso, na medida em que se trata de chancela dos representantes do povo à decisão proferida pelo STF, e ressalta que o papel do Senado no controle difuso diz respeito ainda aos efeitos da decisão – com a edição da resolução suspensiva, a norma tida por inconstitucional perde a exequibilidade com efeitos *ex nunc*, ao passo que, no controle concentrado, o efeito é *ex tunc* - portanto, a referida norma não pode ser expurgada da Constituição sob a alegação de mutação constitucional, precipuamente porque não cabe a um Tribunal mudar a Constituição e agir como poder constituinte permanente.

Observe-se que, apesar de no sistema brasileiro não vigorar a doutrina do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 passou a prever a edição de enunciado de súmula vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, através da edição de tal enunciado, é possível ao STF emprestar eficácia vinculante sobre a inconstitucionalidade de determinada norma, após proferir reiteradas decisões sobre o tema, encerrando-se a necessidade de o Senado Federal editar Resolução com o fim de conferir eficácia genérica à decisão definitiva de inconstitucionalidade em sede de controle concreto.

### **3.2.4 O controle de constitucionalidade quanto ao momento de sua arguição**

O controle jurisdicional de constitucionalidade, quanto ao momento de sua arguição pode ser preventivo, isto é, opera-se antes da norma entrar no ordenamento jurídico,

---

<sup>171</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 551-552 e 554.

ou, repressivo, após a vigência da norma. No direito brasileiro, o Poder Judiciário exerce tradicionalmente o controle repressivo. Nesse aspecto, importante destacar que o STF admite o controle antes da publicação da norma, nos casos de impetração de mandado de segurança por parlamentar, e somente por este, a fim de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional que viole disposições constitucionais ligadas ao processo legislativo<sup>172</sup>. Ou seja, trata-se de controle formal de constitucionalidade e não de controle material. Para ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>173</sup>, o controle em tais hipóteses seria repressivo, na medida em que baseado na violação de direitos subjetivos do parlamentar e não possui o objetivo principal de preservar as normas constitucionais. De acordo com a atual jurisprudência do STF, o controle preventivo de conteúdo material não é admitido pela Constituição, pois a intervenção prematura da Corte no processo político de formação de atos normativos retiraria do Poder Legislativo a prerrogativa constitucional de tal poder de debater e aperfeiçoar os projetos legislativos e igualmente ceifaria do Poder Executivo a prerrogativa de vetá-los. Nesse sentido foi a decisão da Corte no julgamento da ADPF 43<sup>174</sup>, em que foi negado o exercício de controle material de constitucionalidade, através de arguição de descumprimento de preceito fundamental, sobre proposta de emenda constitucional (nº 40 de 2003), ajuizada com base no disposto no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição brasileira<sup>175</sup>, bem como no Mandado de Segurança nº 32033,<sup>176</sup> cujo objetivo era analisar a constitucionalidade de projeto de lei nº 14/2013 por alegada violação ao art. 17, §3º, da Constituição<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> MS 24.667, Pleno, Relator: Min. Carlos Velloso, julgamento em 04/12/2003, DJ de 23/04/2004.

<sup>173</sup> *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2012, p. 250.

<sup>174</sup> Relator: Min. Carlos Britto, julgamento em 20/11/2003, publicado no *Diário de Justiça* do dia 19/12/2003, Ementa: “Agravamento regimental adversando decisão que negou seguimento à arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que, à luz da Lei nº 9.882/99, esta deve recair sobre ato do Poder Público não mais suscetível de alterações. A proposta de emenda à Constituição, não se insere na condição de ato do poder público pronto e acabado, porque ainda não ultimado o seu ciclo de formação. Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio a completar o sistema de controle objetivo de constitucionalidade. Assim, a impugnação de ato com tramitação ainda em aberto possui nítida feição de controle preventivo e abstrato de constitucionalidade, o qual não encontra suporte em norma constitucional-positiva. Agravamento Regimental desprovido”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347925>>.

<sup>175</sup> “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação de Poderes; IV- os direitos e garantias individuais”.

<sup>176</sup> Relator: Gilmar Mendes, julgamento em 20/06/2013, publicado no *Diário de Justiça* em 18/02/2014, Ementa: “Constitucional. Mandado De Segurança. Controle Preventivo De Constitucionalidade Material De Projeto De Lei. Inviabilidade” (a tese prevalente do Min. Teori Zavascki foi seguida pelos Min. Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Carmem Lúcia e Joaquim Barbosa, restando vencidos os Min. Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello). Disponível em:

### 3.2.5 O controle de constitucionalidade quanto aos efeitos da decisão

Quanto aos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, já foi anteriormente mencionado o efeito *erga omnes* (atinge a todos), característico do controle por via de ação direta, e o *incidenter tantum* (atinge apenas as partes do processo), característico do controle pela via de exceção.

Não se pode olvidar de mencionar o efeito da decisão no tempo, isto é, se a decisão opera efeitos retroativos (*ex tunc*) ou prospectivos (*ex nunc*) e, conseqüentemente, a natureza jurídica da decisão: se declaratória ou constitutiva. A doutrina clássica brasileira<sup>178</sup>, seguindo os ensinamentos da doutrina norte-americana, adota o entendimento de que o ato normativo declarado inconstitucional é nulo, e, portanto, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é declaratória, pois confere invalidade *ab initio* ao ato legislativo inquinado de inconstitucionalidade. O dogma da nulidade implica, portanto, na nulidade *ipso iure* e no efeito aparentemente *ex tunc* decorrente de seu vício. Quando se menciona efeito aparente, quer se dizer que, na verdade, a decisão não opera efeitos retroativos à data da edição da norma inconstitucional, pois não é a decisão que retira a validade da norma, na medida em que a lei – por ser inconstitucional – é inválida desde sua edição.

Para ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>179</sup>, tal teoria não pode ser considerada como um dogma absoluto, pois não se aplica à declaração de inconstitucionalidade por omissão e também porque, muitas vezes, a extirpação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, desde seu nascedouro, ofenderia o princípio da segurança jurídica e provocaria vazio normativo insuperável. Nesse mesmo sentido, JOSÉ

---

<file:///D:/Documentos/Material%20disserta%C3%A7%C3%A3o/Jurisprud%C3%Aancia/MS%2032033.pdf>.

<sup>177</sup> “Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”.

<sup>178</sup> BARBOSA, Ruy, *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, I Volume, Livraria Acadêmica, 1939, p. 20; BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Saraiva, 1958, São Paulo p. 128; BASTOS, Celso, *Curso de direito constitucional*, Editora Malheiros, 2010, p. 545; POLETTI, Ronaldo, *Controle de constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 123; BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 6ª edição, 2002, p. 83; VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Editora Del Rey, 3ª edição, 2003, p. 94; MARTINS, Ives Gandra da Silva, “Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade”, *Revista do Advogado*, ano XXIII, novembro de 2003, nº 73, p. 84.

<sup>179</sup> *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2012, p. 287.



AFONSO DA SILVA<sup>180</sup>, defende que a doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser aplicada no sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade, pois a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* não opera efeitos tão extremos, eis que sequer implica por si só na ineficácia da lei.

Em sentido diverso da teoria de nulidade de pleno direito da norma inconstitucional, Kelsen<sup>181</sup> sustentava que não poderia haver nulidade dentro de uma ordem jurídica, pois não se pode considerar como nulo algo que subjetivamente se apresenta como norma jurídica. A decisão que pronuncia a inconstitucionalidade seria, portanto, desconstitutiva, ou seja, anula o ato inconstitucional, retirando-o do ordenamento jurídico, e este deixa de produzir efeitos a partir daquela decisão, ficando assegurado que os atos produzidos sob a égide da lei reconhecida como inconstitucional não seriam atingidos pela decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade. Para o jurista austríaco, a norma incompatível com a Constituição somente pode ser anulável e esta anulabilidade pode ter diferentes graus, isto é, pode ser anulada com efeito para o futuro (*ex nunc*) ou com efeito retroativo (*ex tunc*). Quanto à sanção de anulabilidade, ELIVAL DA SILVA RAMOS observa que esta exige a concentração de competência (controle concentrado), pois não se pode conceber que uma norma fosse anulada em alguns efeitos e mantida em outros através de decisões com efeitos *inter partes*<sup>182</sup>. Na doutrina brasileira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>183</sup> perfilha o entendimento de Kelsen e, na jurisprudência, o então Min. Néri da Silveira<sup>184</sup>.

Em Portugal, JORGE MIRANDA<sup>185</sup> defende que a inconstitucionalidade não implica necessariamente em invalidade da norma, mesmo que a determine ou possa determinar. Já CANOTILHO<sup>186</sup> sustenta a possibilidade de nulidade total da norma nos casos de vício de competência, vício no procedimento legislativo e no caso de entrelaçamento considerável das normas da lei consideradas nulas com outras normas inumeráveis inseridas no mesmo ato legislativo, enquanto que a nulidade parcial

---

<sup>180</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, Editora Malheiros, 18ª edição, 2000, p. 55.

<sup>181</sup> *Teoria pura do direito*, tradução João Baptista Machado, WMF Martins Fontes Editora, São Paulo, 2012, p. 306-307.

<sup>182</sup> *Controle de constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. I, seção II, p. 30.

<sup>183</sup> *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 32ª edição, 2006, p. 42.

<sup>184</sup> Conforme fls. 46 do voto proferido na Reclamação 1.418/RS, julgada pelo STF em 24/02/88. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264126>>.

<sup>185</sup> *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 487.

<sup>186</sup> “A nulidade ipso iure da norma inconstitucional já não é o que era?”, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, p. 238.

ocorreria nos casos em que fosse possível salvar um conteúdo útil da norma ou de segmento desta. Ou seja, em tais casos deve ser observada a interpretação conforme à Constituição, reduzindo-se o âmbito de aplicação da lei. Tal método de decisão visa descobrir um sentido normativo adequado à manutenção da lei e realização de seus respectivos fins, considerando um sentido em sintonia com a Constituição. Ou ainda pode-se declarar a nulidade parcial da norma sem redução de texto, quando apenas determinada hipótese de aplicação da lei for considerada inconstitucional. Cumpre observar que a Constituição portuguesa dispõe expressamente que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se a norma constitucional infringida for posterior, caso em que a declaração produz efeitos desde a entrada em vigor da norma constitucional, ou por razão de equidade, interesse público excepcional ou de segurança jurídica<sup>187</sup>.

Já no Brasil, a Lei nº 9.868/99, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, previu em seu art. 27 que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. De acordo com ELIVAL DA SILVA RAMOS, a nulidade da lei inconstitucional se trata de princípio constitucional implícito do sistema jurídico brasileiro e, portanto, não pode ser afastado pela legislação ordinária<sup>188</sup>, razão pela qual defende a inconstitucionalidade de tal dispositivo. Existem duas ações diretas de inconstitucionalidade tramitando no Supremo sobre o tema (ADI 2.154 e 2.258), ambas do ano 2000, pendentes de julgamento. É de se observar, no entanto, que o STF vem aplicando a modulação de efeitos, como se denota do julgamento dos embargos

---

<sup>187</sup> Conforme art. 282º da Constituição Portuguesa. Há discussão na doutrina portuguesa se tal norma se aplicaria ao controle concentrado, pugnando Hugo Alexandre Pedro Correia pela inaplicabilidade, em concordância com Canotilho e Vital Moreira, e em discordância com Rui Medeiros (“Admissibilidade da restrição temporal de efeitos em fiscalização concreta”, *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, AAFDL, 2009, p. 775-776).

<sup>188</sup> *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. II, p. 107. Nesse sentido, também entende MARTINS, Ives Gandra da Silva, “Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade”, *Revista do Advogado*, ano XXIII, novembro de 2003, nº 73, p. 84.

de declaração em ADI nº 3106, ocorrido em 20/05/2015, e de outros precedentes<sup>189</sup>, restando assentada a tese de que a modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Constituição de 1988, pois se trata de instrumento que adequa o princípio da nulidade das leis inconstitucionais a outros valores constitucionais relevantes, como a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Ainda no que atine aos efeitos do juízo de inconstitucionalidade, impende ressaltar a criação, em sede de controle abstrato, pelos Tribunais Constitucionais das denominadas sentenças intermédias. Segundo MARIA LÚCIA AMARAL<sup>190</sup>, de acordo com os efeitos que produzem, elas se situam no meio do caminho entre os dois modelos puros de decisões possíveis em sede de jurisdição constitucional – não são nem sentenças puras de rejeição nem puras de acolhimento do pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da norma. MARIA BENEDITA URBANO<sup>191</sup> destaca que não existe um conceito consistente acerca do tema por se tratar de uma criação pretoriana e propõe a seguinte classificação: i) sentenças interpretativas – relacionadas a normas com significado não unívoco e fundadas no princípio da interpretação conforme à Constituição, podem rejeitar a inconstitucionalidade da norma e apenas reconhecer a inconstitucionalidade de um ou mais sentidos que tal disposição contém; ii) sentenças exortativas – neste caso se está diante da inconstitucionalidade progressiva, ou seja, a norma analisada ainda é constitucional quando apreciada pela Corte Constitucional, mas pode se tornar inconstitucional posteriormente, razão pela qual a Justiça Constitucional apela ao legislador que este adote medidas que evitem a inconstitucionalidade; iii) declaração de incompatibilidade – o Tribunal declara a incompatibilidade da norma, mas não dita sua inconstitucionalidade nas hipóteses em que a declaração de nulidade produziria uma situação jurídica intolerável, permitindo ao Legislativo a correção do direito vigente<sup>192</sup>; iv) decisões manipulativas aditivas e substitutivas – os juízes

---

<sup>189</sup> Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

<sup>190</sup> “As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa”, palestra proferida no Colóquio luso-italiano de direito constitucional, 2009, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Texto disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>>.

<sup>191</sup> *Curso de justiça constitucional*, Almedina, 2013, p. 79-85.

<sup>192</sup> Canotilho critica tal forma de decisão, pois os juízes ignoram o sistema da nulidade e se atribuem o direito de manipular as consequências jurídicas da ilicitude constitucional (“A nulidade ipso iure da

constitucionais alteram o texto do preceito legal, modificando o significado do conteúdo normativo ao adicionar um elemento sem o qual ele seria tido por inconstitucional ou ao substituir a disciplina jurídica prevista pelo legislador por outra.

No Brasil, o legislador ordinário previu a possibilidade de sentenças interpretativas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como se denota do art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, que será analisada mais detidamente no capítulo 6 do presente trabalho.

Uma vez estabelecidos os princípios utilizados na interpretação da Constituição e das normas que a conformam, bem como das espécies de controle de constitucionalidade e seus desdobramentos jurídicos, passa-se à análise, no próximo capítulo, sobre o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, inicialmente o difuso em 1890, e posteriormente o concentrado em 1934, e sobre a evolução de tal sistema nas Constituições posteriores.

---

norma inconstitucional já não é o que era?”, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, p. 238).

#### **4. O surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil e seu histórico ao longo das Constituições brasileiras**

Não há como se tratar do tema do controle de constitucionalidade sem situá-lo dentro do contexto histórico em que surgiu. Portanto, nesse capítulo será realizada uma breve digressão sobre a história do Brasil a partir do momento em que deixou de ser colônia de Portugal e se tornou uma nação livre, apta a escolher como seria adquirido e distribuído os poderes do Estado, a forma do Estado (unitário ou federado), a forma de governo (monarquia ou república), o sistema de governo (presidencialista ou parlamentarista) e a eleger os direitos fundamentais que deveriam ser observados pelo Estado em prol dos cidadãos.

A independência do Brasil foi declarada em 1822, e em 03 de maio de 1823 foi instalada a Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil na presença de D. Pedro I, que se denominava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil. Contudo, a Constituinte foi dissolvida por D. Pedro I, que outorgou, em 1824, a primeira Constituição do país, o que denota sua vocação autoritária e centralizadora de poder.

No período constitucional do Império, o exercício do poder pelo monarca ofuscava os ditames constitucionais, e o que prevalecia não era a Constituição, mas o pacto existente entre a monarquia e a escravidão. Trata-se da época da história brasileira em que mais a Constituição esteve afastada da realidade fática, ou seja, em que menos apresentou eficácia<sup>193</sup>.

Importante salientar que a Constituição de 1824 não seguiu o modelo tripartite de poderes do Estado, eis que instituiu o Poder Moderador<sup>194</sup>, que tinha por escopo velar pela independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos, e o delegou privativamente ao Imperador. Ao Monarca, no exercício do poder moderador, cabia nomear Senadores, que eram vitalícios, convocar a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionar os Decretos e Resoluções da Assembleia Geral, aprovando e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais, prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, dissolver a Câmara dos Deputados, convocando imediatamente outra que a substituísse, nomear e demitir livremente os

---

<sup>193</sup> BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes, *História constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 7.

<sup>194</sup> Artigo 10 e artigos 98 a 101 da Constituição de 1824.

Ministros de Estado, suspender os magistrados quando houvesse queixa contra estes, perdoar e moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença, e conceder anistia em caso urgente. Verifica-se que o Poder Moderador, ao contrário da finalidade que constava do texto constitucional, desequilibrava as relações entre os distintos poderes do Estado, pois o poder exercido pelo Imperador era absoluto e se sobrepunha a estes.

A Constituição de 1824 não previu controle jurisdicional de constitucionalidade das leis<sup>195</sup>. Em nítida inspiração francesa, a Constituição dispunha que cabia à Assembleia Geral (Poder Legislativo), com a sanção do Imperador, fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las (art. 15, VIII da Constituição), velar pela guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação (art. 15, inciso IX, da Constituição).

Em abril de 1831, Pedro I abdicou do trono em favor de seu filho, que por ser menor de idade não pôde assumir o cargo, acarretando a instauração de um governo de regência composto por três membros nomeados pela Assembleia Geral. Em 1834, a Constituição do Império foi alterada por um Ato Adicional, que determinou que o governo passasse a ser exercido por um único regente. Por conta de diversas rebeliões e clima de instabilidade, em 1840, foi antecipada a maioridade do herdeiro do trono e Dom Pedro II foi coroado Imperador do Brasil<sup>196</sup>.

As mudanças econômicas e sociais a partir da metade do século XIX, os anseios da classe média por mais liberdade política e econômica, o medo em relação à sucessão do trono - eis que D. Pedro II tinha duas filhas mulheres -, o descontentamento das elites agrárias com a abolição da escravidão em 1888 e a crise religiosa - o imperador deveria conceder o beneplácito às bulas papais para que estas vigorassem - foram fatores que contribuíram para a derrocada do regime monárquico.

A Guerra do Paraguai (1864-1870) foi um divisor de águas na história do Brasil. Ao mesmo tempo em que assinala o apogeu do Império, também dela derivam as principais causas da queda da monarquia: o contato dos militares brasileiros com a realidade de seus vizinhos sul-americanos os levou a refletir sobre o regime imperial, a emancipação de escravos que lutaram na guerra fomentou a causa abolicionista, e a

---

<sup>195</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 64.

<sup>196</sup> FERREIRA, Waldemar Martins, *História do Direito Constitucional Brasileiro*, Senado Federal, 2003, p. 53-55.

vitória obtida pelos militares acarretou seu fortalecimento institucional e sua ascensão como importante força no cenário político nacional<sup>197</sup>.

Em 1870, os republicanos se organizaram em um partido e publicaram suas ideias no Manifesto Republicano, em que, entre outras ideias, defendiam a forma de governo republicana, a autonomia das províncias e o federalismo<sup>198</sup>. Aos poucos, foram angariando simpatizantes, passando a existir três partidos a partir de então (o conservador, o liberal e o republicano).

O Exército, que adquirira força e expressão política após a Guerra do Paraguai, se sentia como uma classe desprestigiada perante o poder imperial. Os militares insatisfeitos se opunham a D. Pedro II, inclusive através da imprensa, o que fez com que o Imperador impusesse pena de prisão a dois deles (coronéis Cunha Matos e Sena Madureira) em razão das reclamações lançadas contra o Ministro da Guerra. Em 1889, foi nomeado como presidente do Conselho de Ministros, o Visconde de Ouro Preto, que tentou resolver a questão militar enfraquecendo o Exército. A ameaça de mudança dentro do exército e rumores de deposição incendiaram os quartéis, o que acarretou na derrubada da monarquia e proclamação da República, no dia 15 de novembro de 1889, sob o comando do marechal Deodoro da Fonseca.

O golpe militar promovido em 15 de novembro de 1889 não contou diretamente com a participação popular, no entanto, o descontentamento de vários setores da sociedade (militares, classe média, igreja e grandes proprietários rurais) e a propaganda republicana constituíram fatores imprescindíveis para a instauração do novo regime, na medida em que a falta de participação da população no movimento revolucionário também implicou em falta de resistência às transformações pelas quais passaram as instituições nacionais<sup>199</sup>.

#### **4.1 O surgimento do controle difuso de constitucionalidade e sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro ao longo das Constituições**

Com a capitulação do regime monárquico em 1889, foi criado um governo provisório, que editou decretos sucessivos com o fim de reger o país. Tratava-se de uma

---

<sup>197</sup> DA SILVA, José Afonso, *O constitucionalismo brasileiro*, Malheiro Editores, 2011, p. 482.

<sup>198</sup> FERREIRA, Waldemar Martins, *História do direito constitucional brasileiro*, Senado Federal, 2003, p. 62 e 65.

<sup>199</sup> DA SILVA, José Afonso, *O constitucionalismo brasileiro*, Malheiro Editores, 2011, p. 487.

Constituição emergencial<sup>200</sup>. O Decreto nº 510, de 22/06/1890, publicou a Constituição formulada pelo Governo Provisório, no entanto, a Constituição somente vigoraria no tocante ao estabelecimento da dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, à sua eleição e à função que foram chamadas a exercer de aprovar a dita Constituição. Através do referido decreto foi também convocado o Congresso Nacional para, em 15 de novembro, julgar a Constituição publicada, que deveria ser o primeiro objeto de suas deliberações.

Antes da promulgação da Constituição que ocorreu em 1891, o Decreto nº 848, de 11/10/1890, dispôs em seu art. 3º que, “na guarda e aplicação da Constituição, a magistratura federal só interviria em espécie e por provocação”. Já o art. 9º, II, parágrafo único, b, determinava que incumbia ao STF julgar as sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados, “quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario à Constituição, aos tratados e às leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto”. O *judicial review* surgiu no direito brasileiro por influência do direito norte-americano, cabendo aos litigantes suscitar a invalidade da norma por conta de ofensa à Carta Magna perante todo e qualquer integrante do Poder Judiciário, o que representou a introdução do modelo difuso de controle de constitucionalidade em terras brasileiras.

#### **a) A Constituição de 1891 e a emenda constitucional nº 03/1926**

A Constituição de 1891, inspirada nas ideias liberais provenientes dos Estados Unidos, estabeleceu o modelo presidencial de governo, a separação de poderes em conformidade com a proposição de Montesquieu, o sistema federativo, a separação entre Igreja e Estado, direitos individuais e, no tocante ao controle de constitucionalidade, incorporou a disposição contida no Decreto nº 848 em seu art. 59, §1º, b, estatuinto o controle difuso de constitucionalidade na primeira Constituição da República. No entanto, o instituto era timidamente aplicado pelo Poder Judiciário<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes, *História constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 210.

<sup>201</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.



Os juízes brasileiros do século XIX se recusavam a exercer controle sobre os outros Poderes da República, ainda presos ao sistema jurídico anterior. Nessa toada, o STF denegou a ordem de soltura no Habeas Corpus nº 300, impetrado por Rui Barbosa em favor de senadores, deputados e cidadãos, uns detidos e outros desterrados em virtude de decretos expedidos pelo Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, na função de Presidente. Os decretos determinaram a suspensão das garantias constitucionais e o estado de sítio no Distrito Federal. Rui Barbosa sustentou a inconstitucionalidade do decreto e ilegalidade das prisões, no entanto, os Ministros do STF votaram no sentido de que, antes da aprovação ou reprovação pelo Congresso do estado de sítio declarado pelo Presidente da República, não poderia o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não seria da índole do Supremo Tribunal Federal se envolver nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo<sup>202</sup>.

A fim de estimular a utilização do novel instituto, este foi mais bem explicitado na Lei nº 221, de 20/11/1894, que estabelecia a organização e processamento da Justiça Federal e que prescrevia, em seu art. 13, §10º, que cabia aos juízes e tribunais apreciar a validade das leis e regulamentos e deixar de aplicar aos casos as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com a Constituição.

Em 1926, sob a égide de um governo civil, presidido por Artur Bernardes (eleito em 1922), foi realizada uma reforma constitucional e promulgada a Emenda Constitucional nº 3, que não alterou substancialmente o sistema então vigente de controle de constitucionalidade, mas trouxe maior clareza ao texto constitucional ao prever no art.60, §1º, “a” e “b”, que haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal contra sentenças de última instância da Justiça Estadual que negasse aplicação à lei federal cuja vigência ou validade houvesse sido questionada frente à Constituição da República ou que considerasse válidos leis ou atos do governo estadual cuja validade, em face da Constituição, houvesse sido contestada.

No entanto, pouco mais de quatro anos depois, houve um golpe de Estado, que derrubou o presidente eleito (Júlio Prestes), sendo instituída uma Junta Pacificadora, que governou o país por 10 dias, conduzindo em seguida ao poder Getúlio Vargas, que, em 11 de novembro de 1930, instituiu um governo provisório através do Decreto

---

<sup>202</sup> Acórdão proferido no HC 300. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>.

nº 19.398, que tinha natureza de lei constitucional, já que previa em seu art. 4º que a Constituição da República continuava em vigor, sujeita, no entanto, às modificações e restrições estabelecidas pelo referido diploma legal ou por atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados<sup>203</sup>. A chamada Revolução de 30 representou a queda da primeira Constituição republicana e a instalação de uma ditadura<sup>204</sup>, pois Getúlio Vargas detinha poderes quase ilimitados<sup>205</sup>, o que resultou na Revolução Constitucionalista de 1932, que tinha por escopo a volta à normalidade do sistema representativo do país.

#### **b) A Constituição de 1934**

Apesar da derrota dos paulistas na Revolução Constitucionalista, em 1933 foi convocada uma Assembleia Constituinte, que implicou na promulgação da Constituição de 1934, que, influenciada pelo pós-guerra europeu, funda no Brasil uma forma de Estado social, pois, pela primeira vez na história do país, o Poder Constituinte tratou da ordem econômica e social, além de prever direitos trabalhistas<sup>206</sup>.

A Carta Magna de 1934 manteve o controle difuso, incidental e sucessivo em seu art. 76, III, “b” e “c”, e introduziu importantes alterações ao prever o princípio da reserva de plenário (art. 179) – somente por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público -, ao atribuir ao Senado Federal a competência de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV) - um meio de dar eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, já que no Brasil, que adota o sistema de *civil law*, não imperava a força vinculante dos precedentes judiciais<sup>207</sup> – e, ao criar a representação

---

<sup>203</sup> DA SILVA, José Afonso, *O constitucionalismo brasileiro*, Malheiro Editores, 2011, p. 506.

<sup>204</sup> BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes, *História constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 260-261.

<sup>205</sup> DA SILVA, José Afonso, *O constitucionalismo brasileiro*, Malheiro Editores, 2011, p. 507.

<sup>206</sup> BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes, *História constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 325.

<sup>207</sup> Nesse sentido, Ronaldo Poletti (*Controle de constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 80) e Clémerson Merlin Cléve (*A fiscalização abstrata de*

interventiva – ao Procurador Geral da República incumbia levar ao conhecimento da Corte Suprema a lei interventiva proveniente da União, que era editada quando houvesse a violação dos princípios enumerados no art. 7º, nº I, *a a h*, da Constituição Federal por parte dos Estados, e apreciar sua constitucionalidade (art. 12, § 2º). A intervenção, nesse caso, ficava condicionada à declaração de constitucionalidade da norma interventiva pela Corte Suprema. Importante destacar que não se tratava de um exame político da norma interventiva, mas unicamente jurídico, mormente porque o art. 68 da Carta Constitucional de 1934 vedava ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

A representação interventiva não pode ser considerada como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, pois este se caracteriza pela apreciação de normas que possuem caráter de generalidade, ao passo que naquela a norma analisada (lei interventiva), se trata de lei de efeitos concretos, ou seja, se destina a regular situação concreta e não possui dimensão geral. No entanto, a representação interventiva pode ser considerada um embrião do controle concentrado em solo brasileiro.

### **c) A Constituição de 1937**

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas fechou o Congresso e outorgou uma Constituição que visava legitimar o golpe por ele perpetrado, sendo aquela denominada por CLÉMERSON CLEVE<sup>208</sup> e PAULO BONAVIDES<sup>209</sup> de Constituição semântica, de acordo com a classificação ontológica estabelecida por KARL LOWENSTEIN<sup>210</sup>, o que demonstra que a Carta Magna de 1937 se tratava de um texto formal sem aplicação prática. JOSÉ AFONSO DA SILVA destaca que a Carta de 1937 não

---

*constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 90). Em outro sentido, Alfredo Buzaid sustenta que tal inovação visava racionalizar a distribuição dos poderes sem que houvesse uma supremacia do Poder Judiciário, pois a este cabia declarar a inconstitucionalidade, enquanto ao Parlamento cabia suspender no todo ou em parte a execução da norma (*Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Saraiva, 1958, São Paulo, p. 33).

<sup>208</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

<sup>209</sup> BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes, *História constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 337.

<sup>210</sup> *Teoría de la Constitución*, tradução Alfredo Gallego Anabitarte, Editora Ariel, 2ª edição, p. 217-219. Disponível em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2015/01/02411-teoria-de-la-constitucion-karl-loewenstein.html>>.

teve aplicação nem mesmo por seu outorgante<sup>211</sup>. Nesse diapasão, pode-se destacar o art. 187 das Disposições Transitórias, que determinava que a Constituição fosse submetida a plebiscito nacional, contudo, este nunca ocorreu, faltando-lhe o sopro vital que seria oriundo do beneplácito popular<sup>212</sup>.

No que atine ao controle de constitucionalidade, repetiu o modelo instaurado em 1891, mantendo o princípio da reserva de plenário previsto na Constituição de 1934. No entanto, houve uma inovação no que atine à legitimação do Judiciário em dar a última palavra em questões de jurisdição constitucional, pois o art. 96, parágrafo único, dispunha que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, e se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Note-se, contudo, que durante o período ditatorial, conhecido como Estado Novo (1937-1945), o Legislativo não foi convocado para tal fim, restando ao Executivo exercer a faculdade autorizada pelo art. 96, parágrafo único, através da edição de decretos-lei<sup>213</sup>. Nesse sentido, o Decreto-Lei nº 1.564/39, que confirmou textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal<sup>214</sup>. Segundo GILMAR MENDES<sup>215</sup>, se tratava de peculiar modalidade de revisão constitucional, pois a lei confirmada passaria a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição. Já para WALDEMAR FERREIRA, o governo se arvorou em instância judiciária revisora de sentenças e acórdãos<sup>216</sup>.

Não se pode deixar de destacar que, em seu penúltimo artigo, a Carta de 1937 declarou o estado de emergência em todo o país, o que implicou em suspensão de direitos individuais e impediu o Poder Judiciário de apreciar os atos praticados em virtude do regime de exceção. Enquanto o Brasil participava da 2ª Guerra Mundial em que se lutava pela restauração universal dos princípios da liberdade e democracia, no

---

<sup>211</sup> DA SILVA, José Afonso, *O constitucionalismo brasileiro*, Malheiro Editores, 2011, p. 507.

<sup>212</sup> FERREIRA, Waldemar Martins, *História do direito constitucional brasileiro*, Senado Federal, 2003, p. 109.

<sup>213</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

<sup>214</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

<sup>215</sup> *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 2015, 10ª edição, p. 1083.

<sup>216</sup> FERREIRA, Waldemar Martins, *História do direito constitucional brasileiro*, Senado Federal, 2003, p. 113.

país ainda vigia a ditadura imposta por Getúlio Vargas, na qual não havia liberdade de imprensa, partidos políticos nem direito de voto.

O processo de redemocratização se iniciou com ato do próprio Governo, que tentava mudar o sistema para se manter no poder, em razão da pressão que vinha sofrendo em favor de eleições livres. Em 28 de fevereiro de 1945, foi decretada a Lei Constitucional nº 09, que previa o prazo de 90 dias para serem fixadas em lei as datas das eleições para o segundo período presidencial e para Governadores dos Estados, assim como a data das primeiras eleições para o Parlamento e Assembleias Legislativas. No dia 29 de outubro de 1945, Getúlio Vargas foi deposto pelo Alto Comando do Exército, não esboçou a menor reação e se retirou para sua cidade natal, assumindo a presidência da República, José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal. A Lei Constitucional nº 13 de 12 de novembro de 1945 estabeleceu que os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal se reuniram no Distrito Federal, 60 dias após as eleições, em Assembleia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil. Com o apoio de Vargas, foi eleito para Presidente Eurico Gaspar Dutra e instalada a Assembleia Constituinte em fevereiro de 1946.

#### **d) A Constituição de 1946**

A Constituição de 1946 representou a volta da democracia e o restabelecimento do Poder Judiciário como último guardião da Constituição, eis que o art. 96 introduzido pela Constituição de 1937 não foi reproduzido no novo texto constitucional, e foi inaugurado o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição no art. 141, §4º<sup>217</sup>. No que atine ao controle de constitucionalidade, o art. 101, III, atribuiu ao STF competência recursal extraordinária para julgar as causas decididas em única ou última instância quando a decisão fosse contrária a dispositivo da Constituição, quando se questionasse sobre a validade de lei federal em face da Constituição e a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada, e quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou o ato. A competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em

---

<sup>217</sup> “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

parte, de norma declarada inconstitucional foi mantida, contudo, o art. 64 da Constituição previu expressamente que tal atribuição somente seria exercida quando a norma fosse declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, ao contrário da Constituição de 1934<sup>218</sup>, que estabelecia a suspensão da execução da norma quando declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário (art.91, IV). A interpretação isolada do art. 91, IV, poderia levar ao entendimento de que qualquer decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma proferida por qualquer juiz ou Tribunal poderia provocar a suspensão de sua execução pelo Senado, contudo, a interpretação conjugada de tal dispositivo constitucional com a regra inserta no art. 96 da Constituição de 1934, que previa que cabia ao Procurador Geral da República comunicar a decisão do STF ao Senado Federal para fins de suspensão da execução da norma, conduzia à conclusão que também na Constituição de 1934 o Senado somente poderia suspender a execução de uma norma declarada inconstitucional pelo STF. A exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto foi reproduzida no art. 200 da Carta Magna de 1946. A Constituição deu nova configuração à representação interventiva, pois, enquanto na Constituição de 1934 o STF analisava a constitucionalidade da lei interventiva, na Constituição de 1946, a norma estadual, tida como inconstitucional, era submetida pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este declarasse a inconstitucionalidade, a intervenção federal era então decretada (art. 8º, parágrafo único). A representação interventiva se tratava de processo de natureza objetiva no qual não se pretendia a defesa de um direito subjetivo, mas o julgamento do conflito, em tese, entre normas hierarquicamente diversas (norma da Constituição Federal e norma da Constituição Estadual)<sup>219</sup>. Denota-se, portanto, que o Poder Constituinte de 1946, pela primeira vez, outorgou à Corte Suprema uma competência que se aproximava do modelo europeu de controle abstrato de constitucionalidade. Em decorrência de tal mudança, BUZAID<sup>220</sup> defende que a Constituição de 1946 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle direto de inconstitucionalidade no caso de inobservância dos princípios constitucionais

---

<sup>218</sup> A Constituição de 1934 estabelecia tal competência ao Senado quando a norma fosse declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

<sup>219</sup> Em sentido distinto, Luiz Dellore entende que, apesar de se tratar de controle concentrado (competência exclusiva do STF), o objeto da demanda é um caso concreto (situação que permitiria a intervenção) e não apreciação de norma em tese (*Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 265).

<sup>220</sup> *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 100.

sensíveis<sup>221</sup>, o que se afastava da tradicional declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade. Outra inovação da Constituição de 1946 se refere aos atos a serem praticados pelo Congresso depois de decretada a intervenção pelo Presidente da República. No caso de intervenções decretadas por ofensa aos princípios sensíveis, quando ao Congresso fosse submetido o ato interventivo para aprovação, o art. 13 permitia que este se limitasse a suspender a execução do ato considerado inconstitucional, caso tal medida fosse suficiente para estabelecer a normalidade no Estado federado, obstando-se, assim, a concretização da intervenção.

#### **4.2 A inclusão do controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e respectivas alterações**

O presidente eleito, Jânio Quadros, renunciou ao mandato no mesmo ano de sua posse (1961) e, por conseguinte, caberia ao vice-presidente, João Goulart, substituí-lo. No entanto, partidos da oposição, como a UDN, e os militares o acusaram de ser comunista e tentaram impedir que assumisse a presidência. Leonel Brizola, governador do Rio Grande de Sul e cunhado de João Goulart, capitaneou a *Campanha da Legalidade*, conclamando a população para que se manifestasse em favor daquele e conseguiu o apoio de intelectuais, estudantes, líderes sindicais e de militares do Sul. Nesse ínterim, o Congresso, arbitrariamente, alterou o regime político para o parlamentarismo, a fim de limitar os poderes do Presidente. Em 1963, contudo, foi realizado plebiscito em que o povo optou pela volta do regime presidencialista. João Goulart assumiu a presidência da República com plenos poderes e lançou o Plano Trienal, que previa geração de emprego, diminuição da inflação, entre outras medidas para pôr fim à crise econômica, no entanto, o plano não atingiu os resultados esperados. O presidente decidiu que a realização de reformas agrária, tributária, administrativa, bancária e educacional, as chamadas Reformas de Base, seriam a solução para conter a crise e diminuir a desigualdade e, assim, em março de 1964,

---

<sup>221</sup> Expressão cunhada por Pontes de Miranda, em *Comentários à Constituição de 1946*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Borsoi, 1960, tomo II, p. 367-368. Os princípios constitucionais sensíveis estão elencados no art. 7º, VII, *a a g* da Constituição de 1946: forma republicana representativa; independência e harmonia dos Poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da Administração; garantias do Poder Judiciário.

organizou um grande comício na Central do Brasil (Rio de Janeiro), no qual defendeu a urgência de tais reformas políticas. Houve um forte movimento de reação, por parte de setores conservadores da sociedade brasileira, temerosos de que fosse instalado o comunismo no Brasil.

No dia 31 de março de 1964, o general Olímpio Mourão Filho, se pôs em marcha com suas tropas, de Juiz de Fora (MG), em direção ao Estado da Guanabara (RJ), onde o presidente se encontrava. Este partiu, então, para o Rio Grande do Sul e, depois, para o Uruguai, como exilado político. No dia 4 de abril de 1964, o Senado Federal anunciou a vacância do posto presidencial e a posse provisória de Rainieri Mazzilli como presidente da República, entretanto, o poder de fato era exercido por uma junta, autodenominada de Comando Supremo da Revolução.

Em 09 de abril de 1964, foi editado o Ato Institucional nº I, que determinava eleições indiretas para a Presidência da República. Dois dias depois da publicação do AI-1, o marechal Humberto de Alencar Castello Branco foi eleito pelo Congresso Nacional como representante para assumir a presidência da república em 15 de abril de 1964, instaurando-se, assim, a ditadura militar no Brasil.

#### **a) A Emenda Constitucional nº 16 e os atos institucionais do governo militar**

Passados quase dois anos do golpe militar, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, que introduziu a fiscalização abstrata de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro ao alterar o art. 101, I, k da Constituição. A referida norma passou a prever a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, que deveria ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, dando maior amplitude ao instituto previsto anteriormente na Constituição de 1946 (representação interventiva), que se restringia a conflito entre os entes estatais. Para CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, a competência conferida ao STF no art.101, I, k, difere da representação interventiva, pois, não obstante esta seja exercida por via de ação direta, se presta a solução de conflito federativo e, por conseguinte, se trata de



fiscalização *in concreto* da constitucionalidade da norma<sup>222</sup>. Em sentido semelhante, o Min. Moreira Alves, ao julgar o RE nº 94.039, esclareceu que a representação interventiva, apesar de ser arguida contra lei em tese, não se apresenta propriamente como instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, pois a declaração de inconstitucionalidade nela obtida não opera efeito *erga omnes*, mas apenas permite a suspensão da execução do ato impugnado<sup>223</sup>.

Verifica-se, portanto, que a partir da Emenda Constitucional 16/65 fixa-se no Brasil um modelo combinado de fiscalização de constitucionalidade, em que convivem o sistema difuso e o concentrado. Houve ainda uma inovação decorrente da referida emenda, pois o art. 124, XIII, da Constituição, passou a conferir competência aos Estados para que estes analisassem a inconstitucionalidade de leis municipais. Cumpre observar que, na exposição de motivos da proposta de emenda constitucional nº 06, que deu origem à Emenda Constitucional nº 16/65, o Ministro da Justiça justificou as mudanças no funcionamento do Poder Judiciário em razão da sobrecarga de processos imposta ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal Federal de Recursos e à necessidade de apressar a solução dos litígios nas instâncias superiores<sup>224</sup>. Note-se, contudo, que a norma contida na Proposta de Emenda Constitucional nº 6, que visava atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, não foi aprovada<sup>225</sup>.

Cumpre ressaltar que, apesar da vigência formal da Constituição de 1946, seu texto era alterado a todo tempo pela coletânea de Atos Institucionais decretados pelo governo militar<sup>226</sup>, donde se infere que a Constituição não era tida como lei fundamental. Dentre os 17 Atos Institucionais outorgados no período, destacam-se:

(a) o AI 1/1964, que modificou a Constituição de 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República, passando a conferir aos Comandantes-em-

---

<sup>222</sup> A *fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 71.

<sup>223</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187523>>.

<sup>224</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt\\_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo/A-crise-do-Supremo](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo/A-crise-do-Supremo)>.

<sup>225</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 1087.

<sup>226</sup> BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes, *História constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 433.

chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluía a apreciação judicial desses atos;

(b) o AI 2/1965, que elevou o número de ministros do STF de 11 para 16 com o intuito de alterar posicionamentos na Corte e criou a Justiça Federal com juízes nomeados pelo Presidente da República, visando exercer influência sobre decisões judiciais;

(c) o AI 5/1968, que determinou a suspensão da garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, além de estabelecer perdas de outros direitos fundamentais para aqueles cujos direitos políticos fossem cassados;

(d) o AI 6/1969, retoma o número de 11 Ministros no STF e concede aplicação retroativa ao AI 5/1968 para que o disposto em seu art. 5º, §§1º e 2º alcançasse as pessoas punidas pelo art. 10, parágrafo único do AI 1/1964 e art. 15 do AI 2/1965, ficando excluía da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o referido ato institucional e seus atos complementares;

(e) o AI 13/1969, que dispôs sobre o banimento do território nacional de brasileiro inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar e exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes;

(f) o AI 14/1969, que instituiu a pena de morte para os casos de guerra externa psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar, excluía a apreciação judicial desses atos.

## **b) A Constituição de 1967**

A pluralidade de emendas comprometia a unidade da Constituição de 1946 e, por conseguinte, em dezembro de 1966 foi decretado o Ato institucional nº 4, que

convocou o Congresso a se reunir extraordinariamente para discutir e votar um novo texto constitucional. O projeto de Constituição foi enviado ao Congresso pelo Governo em dezembro de 1966 e votado em janeiro de 1967. A Constituição de 1967, autoritária, que permitia ao Executivo se sobrepor ao Legislativo e ao Judiciário tampouco apresentou eficácia, eis que muitas das disposições nela constantes foram anuladas pelos Atos Institucionais subsequentes.

No que se refere ao sistema de controle de constitucionalidade, apresentou duas alterações: a representação de inconstitucionalidade de âmbito estadual para apreciação de lei ou ato municipal que contrariasse a Constituição estadual deixa de ser prevista, o que constituiu um dos instrumentos de limitação da autonomia dos Estados e, na representação interventiva, ocorre a transferência da competência para suspender o ato do Poder Legislativo estadual, outrora conferido ao Congresso Nacional, para o Poder Executivo (Presidente), conforme disposto no art. 11, parágrafo 2º, o que denota o aumento das competências destinadas ao Poder Executivo.

#### **c) As Emendas Constitucionais nº 01/1969 e nº 07/1977**

Em 13 de dezembro de 1968, o Ato Complementar nº 38 decretou o recesso do Congresso Nacional, ao passo que o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, publicado na mesma data, autorizou o Poder Executivo Federal a legislar sobre todas as matérias, extinguindo a normalidade constitucional. Em razão de enfermidade grave que acometeu o presidente Costa e Silva, os ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar editaram, em 31 de agosto de 1969, o AI-12 em que assumiam a função presidencial como imperativo da segurança nacional. Já em 14 de outubro de 1969, os mesmos militares editaram o AI-16, no qual declaravam a vacância do cargo de presidente da República (art. 1º) e também do de vice-presidente da República e se mantinham no poder até a eleição indireta designada para 25 de outubro de 1969. Antes da eleição, no entanto, foi outorgada a Emenda nº 01/69, que deu nova redação à Constituição de 1967.

A Emenda Constitucional nº 01/69 manteve o sistema híbrido de controle de constitucionalidade (art.119, I, *l* e III, *a*), ou seja, o controle através de ação direta e

por via de exceção, e voltou a prever o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição estadual, contudo, destinado à intervenção no município (art.15, §3º, *d*). Insta destacar que a Emenda nº 01/69 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de o STF restringir o cabimento do Recurso Extraordinário, ao prever no art. 119, parágrafo único que, a referida Corte poderia estabelecer em seu regimento interno critérios para apreciação das causas, que deveria atender a sua natureza, espécie ou valor pecuniário<sup>227</sup>.

Em 1974, Ernesto Geisel é eleito presidente e promete uma abertura política lenta, segura e gradual, com vistas à participação da população brasileira na vida política do país, através da reconstrução de um regime democrático representativo. Em razão da oposição de expressivos segmentos militares a Geisel, este cede e torna o regime de exceção ainda mais duro, mormente após o bom desempenho eleitoral do MDB (partido de oposição) nas eleições de 1974. Em 13 de abril de 1977, duas semanas após fechar o Congresso Nacional temporariamente, é outorgada pelo Presidente a Emenda Constitucional nº 07 e 6 decretos-leis, denominados de *Pacote de Abril*, que, dentre outras medidas, estendeu o mandato presidencial de cinco para seis anos, permitiu a votação indireta de 1/3 do corpo do Senado - os senadores nomeados pelo presidente foram denominados de *senadores biônicos* -, manteve as eleições indiretas para governadores dos estados, alterou o critério de representação na Câmara dos Deputados ao aumentar as bancadas dos Estados menores, onde a Arena (partido governista) era mais forte e reduziu o quórum para aprovação de emendas constitucionais de 2/3 para maioria absoluta. A Emenda Constitucional nº 07/77 introduziu ainda alterações no funcionamento do Poder Judiciário, criou o Conselho Nacional da Magistratura, estabeleceu a edição de lei complementar de caráter nacional para estabelecer normas atinentes à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, e, em relação ao controle de constitucionalidade, incumbiu ao STF competência originária para processar e julgar a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual

---

<sup>227</sup> Nesse diapasão, foi editada a Emenda Regimental nº 3 de 1975 do STF, que alterou o art. 308 do Regimento Interno da Corte, e estabeleceu que não caberia recurso extraordinário, salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal. No entanto, observe-se que a norma editada pelo STF não cumpriu o escopo regulamentar delimitado pela EC nº01/69, eis que não adotou critérios relativos à natureza, espécie ou valor pecuniário da causa. A Emenda Constitucional nº 07/1977 alterou posteriormente a redação da norma prevista no art. 119, parágrafo único, da Constituição, passando a prever expressamente a relevância da questão federal como critério para o conhecimento de recurso extraordinário.

(art. 119, I, XXX, l) e consignou expressamente a possibilidade de o Procurador Geral da República formular medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade (art. 119, I, p).

Do exame das Constituições brasileiras pretéritas, se constata que a passagem da Constituição formal para a realidade das relações sociais tem consistido em tarefa árdua e, na maioria das vezes, frustrada. Ao longo de 166 anos de história constitucional, o Brasil experimentou inúmeros momentos de instabilidade institucional, o que é perceptível através do modo como muitas Constituições foram revogadas – através de golpe militar ou civil. O fato de o Poder Executivo ter desempenhado papel predominante na história brasileira, muitas vezes se apropriando indevidamente das atribuições pertencentes aos demais poderes constituídos, bem como o fato de o povo ter sempre ficado à margem das mudanças políticas contribuíram para que as Constituições editadas entre 1824 e 1967 (com a alteração promovida em 1969) não tivessem a eficácia desejada. A falta de estabilidade constitucional antes da promulgação da Constituição de 1988 tampouco permitiu o desenvolvimento dos direitos plasmados na Constituição, prejudicando o desenvolvimento social e econômico do país e a atuação da jurisdição constitucional, enquanto agente responsável pela proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Esse quadro mudou com a promulgação da Constituição de 1988, que já vige há 28 anos, e cujas nuances serão analisadas no próximo capítulo.

## **5. A Constituição de 1988 e o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**

Muito tempo se levou para que fosse restabelecida a democracia no Brasil. O processo de restauração constitucional se iniciou lenta e gradualmente no governo Geisel (março de 1974 a março de 1979). Em 13 de outubro de 1978, através da Emenda Constitucional nº 11, foi restabelecida a imunidade parlamentar, banida a pena de morte em caso de guerra psicológica adversa, revolucionária ou subversiva, e revogados os Atos Institucionais. Já no governo Figueiredo, foi promulgada a Lei nº 6.683, em agosto de 1979, que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos ou com motivações políticas, salvo os de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Nos meses anteriores à eleição indireta programada para janeiro de 1985, houve uma intensa mobilização civil de âmbito nacional, que foi denominada de Movimento das Diretas Já. Em quase todas as capitais de estados do país, milhares de manifestantes saíram às ruas para protestar e exigir o fim da ditadura. Com o escopo de que fosse restabelecido o direito de eleições diretas para Presidente da República, o deputado federal Dante de Oliveira (PMDB-MT) enviou uma proposta de emenda constitucional nesse sentido ao Congresso. Apesar da comoção popular, a proposta de emenda constitucional foi rejeitada em abril de 1984, causando enorme frustração na população e, mais uma vez, a eleição seria conduzida pelo Colégio Eleitoral, órgão responsável pela escolha indireta do cargo de Presidente da República. No entanto, diante da permanente mobilização do povo, do apoio da imprensa e da maioria no Congresso, houve um enfraquecimento da ditadura e, em 1985, o candidato da oposição, o deputado civil Tancredo Neves, que se comprometera a convocar uma Assembleia Constituinte<sup>228</sup>, foi eleito para o cargo de Presidente da República, encerrando-se nefasto capítulo da história brasileira, capitaneado por sucessivos governos militares.

Tancredo Neves morreu antes de assumir a presidência, e, em seu lugar assumiu o vice-presidente, José Sarney que enviou mensagem ao Congresso Nacional em 28 de junho de 1985 com proposta de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Tal iniciativa resultou na Emenda Constitucional nº 26 de 27 de

---

<sup>228</sup> STRECK, Leno, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 522.

novembro de 1985. Pela primeira vez na história do Brasil, a Constituinte abriu as portas à presença popular e permitiu que a sociedade colaborasse com o projeto em elaboração<sup>229</sup>.

### **5.1 A manutenção e alteração de institutos existentes na ordem jurídica anterior pelo Poder Constituinte Originário**

A Carta de 1988 manteve o sistema duplo de fiscalização de constitucionalidade (difuso e concentrado), a suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso (art.52, X), a representação interventiva com o fim de intervenção da União nos Estados quando houver inobservância dos princípios constitucionais sensíveis (art.34, VII) ou com fim de intervenção dos Estados nos municípios (art. 35, III), a possibilidade de se requerer medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, p), e o princípio da reserva de plenário (art.97), que exige maioria qualificada nos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

No que tange ao recurso extraordinário, a Constituição de 1988 alterou seu objeto, na medida em que limitou sua interposição aos casos em que a decisão recorrida acarretasse infração a dispositivo da Constituição, declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgasse válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, *a, b e c*), deixando de analisar questões infraconstitucionais<sup>230</sup>, que passaram a ser analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>231</sup>, bem como deixou de prever a possibilidade de o STF restringir o cabimento do Recurso Extraordinário em razão da natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal discutida na causa.

Já a ação direta de inconstitucionalidade teve o rol de legitimados ativos ampliado, o que representou verdadeira democratização no acesso ao controle

---

<sup>229</sup> BONAVIDES, Paulo e DE ANDRADE, Paes, *História Constitucional do Brasil*, Editora Paz e Terra, 3ª edição, p. 491.

<sup>230</sup> Competência anteriormente prevista no art. 119, III, d, da Emenda Constitucional nº 01/1969.

<sup>231</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (redação original da Constituição de 1988).

concentrado, pois, no regime anterior, somente o Procurador Geral da República poderia ajuizar ADI e, de acordo com a Constituição de 1988, tal iniciativa foi estendida ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, ao Governador do Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Cumpre destacar que, no tocante à legitimidade de confederação sindical ou entidade de classe, o STF exige a existência de relação de pertinência entre a norma impugnada e o interesse da classe<sup>232</sup>. Nas ações diretas de inconstitucionalidade que não houver ajuizado, o Procurador Geral da República deverá ser previamente ouvido e caberá ao Advogado Geral da União o papel de defesa do ato impugnado (art.103, §§2º e 3º).

A Carta de 1988 estendeu ainda o controle de constitucionalidade de leis aos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, sendo vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, §2º), de modo a evitar que a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, em âmbito estadual, ficasse a cargo exclusivamente do Ministério Público estadual.

No próximo tópico, serão abordadas as mudanças implementadas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir da nova ordem constitucional.

## **5.2 As inovações introduzidas pelo Poder Constituinte originário**

Entre as novidades inseridas na Constituição de 1988, no que atine ao exercício do controle de constitucionalidades das normas, podemos destacar a ação direta de

---

<sup>232</sup> Como se denota do julgamento do agravo regimental em ADI de nº 4722, pelo Tribunal Pleno, em 02/12/2016, publicado no *Diário da União* em 15.02.2017: “Ementa: Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. Confederação sindical. Pertinência temática. Ausência. Ilegitimidade ativa. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de se exigir, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais para as ações de controle concentrado, a existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação. 2. No caso, não há pertinência temática entre as normas impugnadas, que dizem respeito à concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, e os objetivos institucionais perseguidos pela autora, que estão voltados, em suma, para entidades sindicais e trabalhadores inorganizados em sindicatos nas indústrias metalúrgicas, mecânicas e de material elétrico, eletrônico e de informática. Ademais, os interesses por ela abrangidos não são atingidos de maneira direta pelos dispositivos questionados. Precedentes da Corte no mesmo sentido. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”.



inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, observando que os dois primeiros institutos têm em comum a existência de inércia do Poder Público, ao passo que o terceiro visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Antes de adentrar especificamente na sistemática de cada um desses institutos, cumpre fazer breve ilustração acerca da omissão constitucional.

### **5.2.1 A inércia do legislador como conduta violadora de um dever constitucional de agir**

A Constituição de 1988, em seu preâmbulo, institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Tal disposição implica na figura de um Estado intervencionista, a quem cabe atuar nas esferas sociais para garantir a igualdade material. A igualdade formal, típica do liberalismo, que assegurava a igualdade na aplicação do direito, é substituída no Estado Social pela igualdade material, que se concretiza na medida em que o cidadão recebe prestações do Estado. Nas palavras de JORGE MIRANDA, a igualdade material não se oferece, cria-se<sup>233</sup>. A Constituição passa a ser, portanto, um instrumento de transformação social, devendo esta ser buscada através da implementação de políticas públicas.

No que atine ao papel do Estado na efetivação de direitos, existe uma diferença entre a aplicabilidade das normas constitucionais relativas a direitos de liberdade e a direitos sociais. Enquanto os direitos de liberdade se destacam, em sua dimensão principal, por exigir uma omissão do Estado no sentido de não atentar contra as liberdades reconhecidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, os direitos sociais podem ser definidos, em seu conteúdo típico, como aqueles que exigem do Estado a realização de prestações fácticas destinadas a promover o acesso a bens econômicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para alcançá-los<sup>234</sup>. Outra

---

<sup>233</sup> *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV, 5ª edição, Coimbra Editora, p. 40.

<sup>234</sup> Jorge Reis Novaes, *Direitos Sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, p. 42.

distinção reside no fato de os direitos de liberdade se inserirem em normas constitucionais preceptivas, ou seja, em normas de realização imediata e exequíveis por si mesmas, e os direitos sociais constarem de normas programáticas, que exigem atividade legislativa ulterior para esgotar seu comando normativo. Por conseguinte, a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais exige uma intermediação conformadora por parte do Legislador para sua efetivação<sup>235</sup>, não se podendo descurar da necessidade de existir condições econômicas e financeiras para sua concretização. Nesse aspecto, não se pode olvidar que o Estado possui múltiplas necessidades financeiras e que seu orçamento é limitado, motivo pelo qual se faz necessário que o legislador estabeleça prioridades na distribuição orçamental, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Segundo REIS NOVAIS<sup>236</sup>, no plano normativo, os direitos sociais, por força de sua natureza, são juridicamente condicionados pela reserva do possível no que se refere a sua dimensão principal de direitos a prestações fácticas. A reserva do possível constitui, portanto, uma limitação à realização dos direitos sociais, já que o dever do Estado em concretizá-los está atrelado as suas disponibilidades financeiras. Observe-se que, ainda que se esteja diante de uma situação econômica satisfatória, os haveres não são infinitos e, consequentemente, o legislador possui relativa margem de decisão na definição de prioridades e distribuição de recursos, pois cabe a ele, em um Estado democrático de Direito, e como representante da maioria, realizar tal escolha política. Como somente através da lei é que os direitos sociais plasmados em normas programáticas adquirem capacidade de subjectivação<sup>237</sup>, isto é, passam a ser exigíveis juridicamente, a falta de uma norma que os concretize impede sua efetividade plena e tal inércia pode se caracterizar como uma afronta ao dever constitucional de legislar, passível de controle através da ação direta de inconstitucionalidade ou mandado de injunção. Ressalte-se, no entanto, que a margem de controle do grau de concretização legislativa dos direitos sociais por parte do Poder Judiciário é limitada pelo princípio da separação de poderes,

---

<sup>235</sup> Os direitos sociais constam de normas programáticas, ou seja, de normas constitucionais de conteúdo indeterminado e não exequíveis por si próprias.

<sup>236</sup> *Direitos Sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, p. 101.

<sup>237</sup> Nesse sentido: Carlos Blanco de Moraes (“Direitos sociais e controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?”, *Estudos em Homenagem ao professor doutor J.J. Gomes Canotilho*, volume III, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2012, p. 602), Vieira de Andrade (*Os Direitos Fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Almedina, 1987, p. 206), Jorge Reis Novaes (*Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, p. 151).

na medida em que a escolha política de como e quando investir incumbe ao Legislador, e a adequação e oportunidade (discrecionalidade política) de tal decisão não são sindicáveis ao juiz, sob pena de se adentrar no cerne de uma decisão estritamente política. Naturalmente tal escolha não pode deixar de cumprir um mínimo constitucional<sup>238</sup> de proteção do direito social estampado na Constituição, sob pena de negar qualquer eficácia a este.

### **5.2.2 As garantias constitucionais criadas pelo Poder Constituinte Originário contra a omissão inconstitucional do Poder Público**

#### **a) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão**

O controle de inconstitucionalidade por omissão por via de ação direta se encontra previsto no parágrafo 2º do art. 103 da Constituição e sua inspiração advém do direito português<sup>239</sup>, contudo, cumpre ressaltar que a Constituição portuguesa de 1976 prevê em seu art. 283º apenas a possibilidade de fiscalização de constitucionalidade por omissão legislativa, ao passo que o Poder Constituinte brasileiro estendeu o controle aos órgãos administrativos<sup>240</sup>. Antes de Portugal, a Iugoslávia já dispunha acerca de tal tipo de controle de constitucionalidade em sua Constituição de 1974, no entanto, no referido país, o Tribunal Constitucional pode instaurar *ex officio* o processo, dispensando o ajuizamento de ação para tanto<sup>241</sup>. Portanto, somente em Portugal e no

---

<sup>238</sup> Daniel Sarmento faz referência à proteção do mínimo existencial, ou seja, “à garantia de prestações materiais indispensáveis para a vida humana sem as quais sequer o desfrute da liberdade se faz possível” (“Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?)”, *Crises e desafios da Constituição*, Del Rey, 2004, p. 391).

<sup>239</sup> Art. 283º da Constituição Portuguesa de 1976 prevê a inconstitucionalidade por omissão legislativa.

<sup>240</sup> Nesse aspecto, Dirley da Cunha Júnior adota o entendimento de que o comportamento omissivo constitucional pode ser relacionado a atos de natureza normativa ou não, sendo possível o controle em face de quaisquer funções do Estado, inclusive a administrativa e judiciária (*Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Jus Podivm, 4ª edição, p. 245). Flávia Piovesan, com base nos ensinamentos de Jorge Miranda, elenca três hipóteses de omissão inconstitucional: i) quando houver falta ou insuficiência de medidas legislativas; ii) quando houver falta de adoção de medidas políticas ou de governo; iii) quando houver falta de implementação de medidas administrativas (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 90).

<sup>241</sup> PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 130.

Brasil existe ação direta para exercício do controle de constitucionalidade na forma omissiva<sup>242</sup>.

Cuida-se de controle de natureza abstrata, concentrado, com rol de legitimados ativos idêntico ao da ação direta de inconstitucionalidade por ação, na qual não se exige a participação do Advogado Geral da União como curador de constitucionalidade da norma, eis que inexistente norma a ser defendida sob esse prisma (salvo se o pedido for de reconhecimento de omissão parcial), e que converge para um provimento jurisdicional com eficácia *erga omnes*, que não acarreta, naturalmente, a declaração de nulidade, típica do controle principal de constitucionalidade, já que a análise de constitucionalidade recai sobre a alegada conduta omissiva do Poder Público no sentido de tornar efetiva norma constitucional, razão pela qual a Carta de 1988 dispõe que cabe ao STF, no caso de procedência do pedido, dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. A ação de inconstitucionalidade por omissão visa, portanto, solucionar o problema de inação do Poder Público que acarreta prejuízo à efetividade de determinada norma constitucional e foi regulamentada pela Lei nº 12.063 de 27/10/2009, que alterou a Lei nº 9.868/99.

Observe-se que para se caracterizar uma omissão constitucional não basta a inatividade dos órgãos públicos, é preciso que a violação decorra do não cumprimento de determinada norma constitucional, que esta não seja exequível por si só, bem como haja decurso de tempo razoável para adoção da medida necessária à efetivação da referida norma. Por conseguinte, é imperativo que se faça um juízo sobre o tempo dentro do qual poderia ser produzida a ação necessária a tornar exequível a norma constitucional, caso o próprio texto constitucional não estipule um prazo para a adoção da medida pelo Poder Público. Naturalmente, devem ser sopesadas as circunstâncias concretas existentes, notadamente a realidade social, histórica e econômica, e somente pode-se reconhecer a omissão constitucional quando, decorrido certo período de tempo, e se constatar que a medida já poderia e deveria ter sido concebida em razão de sua indispensabilidade para conferir eficácia a dada norma constitucional.

Quanto aos efeitos da decisão, FLÁVIA PIOVESAN<sup>243</sup> sustenta que, se o objetivo da ação é afastar a violação à Constituição, a mera comunicação da mora ao Poder

---

<sup>242</sup> FAVOREU, Louis, *As Cortes Constitucionais*, tradução Dunia Marinho Silva, Landy Editora, 2004, p. 10.

Público é insuficiente e insatisfatória para o fim de efetivação das normas constitucionais, razão pela qual seria mais conveniente e eficaz que o STF, ao declarar a omissão como inconstitucional, fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão, sob pena de o próprio Supremo fazê-lo, temporariamente, dependendo do caso, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Inicialmente o STF consolidou sua jurisprudência no sentido de que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade por omissão se restringe à comunicação pelo Tribunal ao órgão legislativo competente para que a supra<sup>244</sup>, no entanto, alterou posteriormente sua orientação, eis que no julgamento da ADI nº 3682 reconheceu a mora do Congresso Nacional, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que o Parlamento adotasse as providências legislativas necessárias ao cumprimento da norma constitucional constante do art. 18, § 4º, da Constituição<sup>245</sup>. Já na ADI nº 4650<sup>246</sup>, julgada em 2015, foi reconhecida a possibilidade de atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral, de forma subsidiária e excepcional, quando constatada *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para regular matéria eleitoral após o transcurso de prazo razoável (*in casu*, de dezoito meses), sendo destacado que tal mister não afastava a prerrogativa de o Parlamento instituir uma nova disciplina sobre o tema, se assim o quisesse.

Saliente-se que a omissão inconstitucional pode ser total – quando não há qualquer ação por Parte do Poder Público – ou parcial – quando a atividade do Poder Público não é capaz de atender ao comando constitucional em sua totalidade em razão de sua deficiência ou insuficiência. No caso de omissão legislativa parcial pode ocorrer desta implicar em inconstitucionalidade por ação, quando há ofensa ao princípio constitucional da isonomia, ou seja, quando o legislador, ao tratar normativamente de determinado direito, concede tratamento mais favorável a certa categoria, excluindo outras de modo arbitrário sem justificar a distinção de tratamento

---

<sup>243</sup> *Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 126. No mesmo sentido DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 250; DA SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, Editora Malheiros, 18ª edição, 2000, p. 58. Em sentido contrário DE MORAES, Alexandre, *Direito constitucional*, Editora Atlas, 11ª edição, 2002, p. 633, que defende a impossibilidade de o Legislativo ser forçado a legislar pelo Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes, BASTOS, Celso Ribeiro (*Hermenêutica e interpretação constitucional*, Editora Malheiros, 4ª edição, p. 211) e MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins, “Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade”, *Revista do Advogado*, ano XXIII, novembro de 2003, nº 73, p. 88.

<sup>244</sup> Conforme acórdão proferido no julgamento da medida cautelar em ADI nº 525, em 12/06/1991, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>245</sup> Publicado no *Diário da União* em 06/09/2007, Relator Min. Gilmar Mendes, Órgão julgador: Pleno.

<sup>246</sup> Publicado no *Diário da União* em 24/02/2016, Relator: Min. Luiz Fux, Órgão julgador: Pleno.

dispensada. Neste caso, é cabível a cumulação de pedido de declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão, como já reconhecido pelo STF no julgamento da já mencionada ADI nº 4650. Saliente-se que, em tal hipótese, o acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma acarretaria a nulidade desta e extirparia do ordenamento jurídico os direitos por ela concedidos a determinado grupo de pessoas, ao passo que, se adotado o reconhecimento da omissão parcial, há quem defenda que o Judiciário poderia estender ao grupo não contemplado pela norma as vantagens nela previstas<sup>247</sup>.

O STF, ao julgar recurso em Mandado de Segurança nº 21.662<sup>248</sup> e a ADI nº 1.777<sup>249</sup>, adotou a tese de que o princípio da separação de poderes impede que os Tribunais ampliem o conteúdo normativo e estendam a eficácia jurídica de determinada norma a situações subjetivas nela não previstas, ainda que com a finalidade de tornar efetivo o princípio constitucional da isonomia inscrito na Constituição. Destaque-se que tal entendimento ainda se mantém na atualidade, conforme decisão prolatada no julgamento do RE nº 978.286<sup>250</sup>, no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia.

## **b) O mandado de injunção**

Trata-se de remédio constitucional que visa a tutela de direitos subjetivos quando houver omissão inconstitucional que obstaculize o exercício de um direito fundamental. O controle de constitucionalidade é exercido em concreto e, por conseguinte, o efeito da decisão se opera *inter partes*<sup>251</sup>. A competência para

---

<sup>247</sup> A favor da extensão do âmbito normativo de norma violadora do princípio da igualdade, Flavia Piovesan (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 97), Direly da Cunha Júnior (*Controle de constitucionalidade, Teoria e Prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 252) e Elival da Silva Ramos (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. II, seção II, p. 15).

<sup>248</sup> Publicado no *Diário da União* em 20/05/1994, Relator Min. Celso de Mello, Órgão julgador: 1ª Turma do STF.

<sup>249</sup> Publicado no *Diário da União* em 26/05/2000, Relator Min. Sydnei Sanches, Órgão julgador: Pleno.

<sup>250</sup> Publicado no *Diário da União* em 16/11/2016, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: 2ª Turma do STF.

<sup>251</sup> Em sentido contrário, Gilmar Mendes, sustenta que a eficácia da decisão em sede de mandado de injunção não tem diferença fundamental da decisão proferida em controle abstrato de omissão (*Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 1324).

apreciação é partilhada por vários órgãos judiciários<sup>252</sup>, dependendo de qual o órgão omissor. Diante da multiplicidade de órgãos judicantes, a maioria da doutrina argumenta que o controle de constitucionalidade exercido no mandado de injunção é difuso<sup>253</sup>. Trata-se, na verdade, de controle difuso *sui generis*, eis que, apesar de a competência não ser concentrada no STF, não é todo e qualquer juiz que pode conhecê-lo, mas apenas aqueles que exercem seu múnus no 2º e 3º graus de jurisdição. Quanto à legitimidade ativa, pode ser impetrado por qualquer pessoa que seja titular do direito fundamental não fruível por falta de norma regulamentadora de qualquer espécie. Já em relação à legitimidade passiva, o STF firmou orientação no sentido de que apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva *ad causam* no mandado de injunção<sup>254</sup>.

A fim de ser reconhecido o interesse de agir do impetrante, é necessário que o gozo de um direito fundamental esteja impossibilitado pela ausência de regulamentação de norma constitucional, não bastando a inércia em si do Poder Público. Note-se que por ausência de norma regulamentadora parte da doutrina entende ausência de qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional<sup>255</sup>. No entanto, não foi essa a tese encampada pelo STF, que somente reconhece a possibilidade de impetração de mandado de injunção diante de omissão legislativa<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> O art. 102, I, *q* confere competência originária ao STF e o art. 102, II, *a* competência recursal quanto aos mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; o art. 105, I, *h* confere competência ao STJ e reconhece a competência dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, ao passo que os Tribunais dos Estados podem conhecer de mandado de injunção previsto nas respectivas Constituições Estaduais, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro (art. 161, IV, *g* da Constituição estadual).

<sup>253</sup> RAMOS, Elival da Silva (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. II, seção II, p. 25), PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 180) e DA CUNHA JÚNIOR, Dirley (*Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 282). Em sentido contrário, sustentando ser o controle concentrado, DELLORE, Luiz (*Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 282).

<sup>254</sup> Conforme julgamento reiterado no MI nº 1.011, publicado no *Diário da União* em 03/06/2014, Relator Min. Ricardo Lewandovsky, órgão julgador: Pleno. Em sentido distinto, Flávia Piovesan adota a tese esposada pelo Min. Carlos Velloso no sentido de que o legitimado passivo é aquele que deva suportar os efeitos da sentença (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 146), bem como Dirley da Cunha Júnior (*Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 129).

<sup>255</sup> Nesse sentido DA CUNHA JÚNIOR, Dirley (*Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 123) e PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 136).

<sup>256</sup> MI nº 6070, publicado no *Diário da União* em 22/05/2014, Relatora: Min. Rosa Weber, órgão julgador: Pleno, ementa: “Pressuposto do *writ* previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição da República é a existência de omissão legislativa que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A

No que atine ao objeto do *mandamus*, há os que sustentem que os direitos tuteláveis pelo *writ* seriam apenas os direitos fundamentais atrelados à nacionalidade, soberania e cidadania<sup>257</sup>, outros defendem que seriam apenas os direitos previstos no título II da Constituição<sup>258</sup>, que enuncia direitos fundamentais, enquanto a maioria entende que é tutelável todo e qualquer direito fundamental reconhecido pela Constituição e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania<sup>259</sup>.

Observe-se que a Constituição disciplinou o mandado de injunção no art. 5º, LXXI<sup>260</sup>, contudo, por se tratar de um novo instituto, não havia norma regulamentadora de seu procedimento. Tratar-se-ia de um paradoxo admitir que o mandado de injunção, que tinha por escopo possibilitar a concretização de um direito fundamental em caso de omissão dos órgãos públicos, não poderia ser manejado por falta de norma regulamentadora. Nesse diapasão, o STF, no julgamento do MI nº 107<sup>261</sup>, conclui que a norma que previa o mandado de injunção era auto-aplicável e que deveriam ser utilizadas, analogicamente, as normas procedimentais do mandado de segurança, na falta de norma própria.

No que atine à espécie de decisão proferida pelo Poder Judiciário, três correntes se formaram. A primeira, mais conservadora<sup>262</sup>, sustenta que, ao deferir o

---

jurisprudência desta Suprema Corte consagra o entendimento de que o mandado de injunção não constitui instrumento idôneo para veicular pretensão de desaposentadoria ou revisão de aposentadoria de servidor público, à míngua, em tais casos, de omissão legislativa que inviabilize o exercício de direito constitucionalmente assegurado”. Nesse sentido, também é o entendimento de Gilmar Mendes, *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 1224.

<sup>257</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 2006, p. 321.

<sup>258</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, Editora Malheiros, São Paulo, 2010, p. 366.

<sup>259</sup> Flávia Piovesan (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 140; Clémerson Merlin Cléve, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 366; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, Editora Malheiros, 18ª edição, 2000, p. 451).

<sup>260</sup> “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

<sup>261</sup> Publicado no *Diário da União* em 21/09/1990, Relator Min. Moreira Alves, Órgão Julgador: Pleno, Ementa: “Assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que esta devidamente definida pelo artigo 102, I, 'q' -, auto executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regule, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator”.

<sup>262</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que a interpretação acerca do mandado de injunção deve ser ajustada a outro remédio com a mesma finalidade, qual seja, a ação de inconstitucionalidade por omissão, observando que a diferença residiria no fato daquele ter escopo mais restrito, eis que limitado a omissões que afetassem o exercício de direitos fundamentais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania (*Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 38ª edição, 2012,



writ, caberia ao Poder Judiciário dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias para a concretização da norma constitucional. Este foi o entendimento adotado inicialmente pelo STF<sup>263</sup>, que equiparava os efeitos da decisão no mandado de injunção aos efeitos da decisão em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão, esvaziando suas potencialidades. Uma segunda vertente defende que cabe ao Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador<sup>264</sup>. Sustentam alguns que tal tese, ao atribuir ao Poder Judiciário atividade de natureza normativa, implicaria em inobservância ao princípio da separação de poderes. Tal argumento por si só não é suficiente para afastar a atuação do Judiciário, na medida em que os direitos fundamentais constituem o cerne do ordenamento jurídico e, por conseguinte, o princípio da separação de poderes poderia ser mitigado pelo Poder Constituinte a fim de garantir a plena eficácia daqueles. O que impede a adoção plena da referida tese é o fato de que, muitas vezes, o dever de legislar não é suscetível de suprimento judicial diante da complexidade da matéria a ser tratada, como, por exemplo, a edição de normas de proteção ao consumidor, normas que regulem a assistência privada à saúde ou normas que regulem as competências de determinadas instituições. Ademais, cumpre ressaltar que, como o efeito da decisão produz eficácia apenas entre as partes do processo, poderiam ocorrer decisões contraditórias, relativas ao mesmo direito fundamental, no âmbito dos órgãos judiciários que elaborassem a norma regulamentadora faltante.

Alterando seu posicionamento inicial, o STF passou a assinalar prazo para que o órgão público purgasse sua mora, contudo, tal determinação só era tida como possível quando o próprio Poder Público, além de ser o responsável pelo dever de

---

p. 126). Também no sentido de haver similitude de efeitos entre o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Celso Bastos (*Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 813) e Ives Gandra da Silva Martins (“Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade”, *Revista do Advogado*, ano XXIII, novembro de 2003, nº 73, p. 88).

<sup>263</sup> Mandado de injunção nº 107, publicado no *Diário da União* em 21/09/990, Relator Min. Moreira Alves, Órgão Julgador: Pleno, Ementa: “em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da Carta Magna)”.

<sup>264</sup> Nesse sentido é o entendimento de Flávia Piovesan (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 150) e Elival da Silva Ramos (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. II, seção II, p. 21).

editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional questionado<sup>265</sup>. Nessa última hipótese, no julgamento do MI nº 283, reconheceu ainda o Supremo que, caso escoado o prazo sem a regulamentação necessária ao exercício do direito, poderia o impetrante obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional pelas perdas e danos que fossem arbitradas, e que, uma vez prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicaria a coisa julgada, ressaltando o direito do impetrante em obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe fosse mais favorável. Em outro caso (MI nº 232<sup>266</sup>), o Supremo admitiu uma solução normativa para a decisão judicial, pois estabeleceu que, caso não editada a lei regulamentadora em 6 (seis) meses pelo Congresso Nacional, a imunidade tributária prevista no art. 195, §7º da Constituição, que conjugado com o art. 59 do ADCT exigiria norma regulamentar, poderia ser gozada independentemente da falta de lei. Esse posicionamento do STF, que reconhece a possibilidade de exercício do direito mesmo sem edição da norma regulamentadora, perfilha a tese defendida por outra corrente, segundo a qual cabe ao Poder Judiciário tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito fundamental ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania ou cidadania, cuja não fruição decorresse da falta de norma regulamentadora. Nesse diapasão, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>267</sup> afirma que a função do mandado de injunção não é obter a regulamentação prevista na norma constitucional - já que tal objetivo deve ser buscado via ação direta de inconstitucionalidade por omissão -, mas sim fazer com que a norma constitucional seja aplicada em prol do impetrante, independentemente de regulamentação, ou seja, seu escopo é conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional que enuncia direitos fundamentais.

Em julgados posteriores, o STF passou a admitir com frequência efeitos normativos às decisões proferidas em sede de mandado de injunção, como alternativa legítima para tornar efetiva a proteção judicial de direito fundamental violado por falta de norma regulamentadora. No julgamento do MI nº 670<sup>268</sup>, que tratava da omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis, o STF ressaltou que a mora legislativa em questão já havia sido declarada inúmeras vezes

---

<sup>265</sup> MI 283, acórdão publicado em 14/11/1991, relator Min. Sepúlveda Pertence, órgão julgador: Pleno, MI 470, acórdão publicado em 29/06/2001, relator Min. Celso de Mello, órgão julgador: Pleno.

<sup>266</sup> MI 232, acórdão publicado em 27/03/1992, Relator Min. Moreira Alves, órgão julgador: Pleno.

<sup>267</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, Editora Malheiros, 18ª edição, 2000, p. 452.

<sup>268</sup> Publicado no *Diário da União* em 31/10/2008, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

pelo próprio Supremo<sup>269</sup> e que, diante da ausência de regulamentação do direito de greve, deveria ser aplicada aos servidores públicos civis a lei que trata do direito de greve dos trabalhadores em geral, enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica para aqueles.

Verifica-se, portanto, que houve substancial alteração no entendimento do STF sobre o tema, passando o Tribunal a reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a edição de medidas que venham a investir concretamente o impetrante em seus direitos até a oportuna expedição de normas pelo legislador. Denota-se, por conseguinte, que também no Brasil se passou a adotar sentenças de perfil aditivo, ainda que moderado, pois o STF, ao reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, amplia o âmbito de incidência de determinada lei a fim de acolmatar o vácuo legislativo e, assim, garantir a fruição de exercício de direito fundamental previsto na Constituição.

### **5.2.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental**

A Constituição de 1988 prevê no art. 102, §1º<sup>270</sup>, dentre as competências do STF, o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e designa amplo poder de conformação ao Legislador ao remeter sua regulamentação a lei ordinária.

Como a norma constitucional sequer elencou em quais hipóteses caberia o ajuizamento de tal demanda e quem seriam os legitimados para propô-la, o STF deixou de conhecer das arguições de descumprimento de preceito fundamental ajuizadas até a edição da Lei 9.882/99 por entender que a norma disposta no art. 102, §1º da Constituição não era auto-aplicável e carecia de regulamentação.

A única certeza que se extraía do dispositivo constitucional supracitado é que se trata de instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, eis que inserido em capítulo que trata das competências do Supremo Tribunal Federal, e não incluído no inciso III do art. 102, que trata do recurso extraordinário e, por

---

<sup>269</sup> No MI nº 20, acórdão publicado em, Relator Min. Celso de Mello, órgão julgador: Pleno, MI nº 485, acórdão publicado em 23/08/2002, Relator Min. Maurício Correa, órgão julgador: Pleno e MI nº 585, acórdão publicado em 02/08/2002, Relator Min. Ilmar Galvão, órgão julgador: Pleno.

<sup>270</sup> Originariamente era previsto no parágrafo único de tal artigo, no entanto, diante da Emenda Constitucional nº 03/1993, que alterou o art. 102, foi realocado para o parágrafo 1º.

consequente, do controle difuso de constitucionalidade. Logo, a decisão proferida em sede de ADPF produz efeitos *erga omnes*, característico do controle concentrado.

Conforme já esclarecido na introdução ao presente trabalho, as inovações legislativas ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro serão analisadas no próximo capítulo, já que adotado o critério cronológico para demonstrar a evolução do referido sistema. Portanto, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi tratada por completo pela Lei 9.882/99, suas nuances serão examinadas no capítulo a seguir.

Verifica-se da sistemática introduzida pelo Poder Constituinte em 1988 que, ao modelo misto de controle de constitucionalidade brasileiro, foram acrescentados diversos institutos de controle por via de ação direta. O controle de constitucionalidade que até então era exercido tipicamente pela via difusa e, excepcionalmente, pela via concentrada em razão da estreita legitimidade ativa conferida pela Constituição de 1967 e EC nº01/69, teve um incremento na utilização da via de ação direta. Tal alteração possui correlação com o fato de o Poder Constituinte ter adotado a concepção de Estado democrático de direito. Senão vejamos:

O controle de constitucionalidade difuso exige a existência de litígio envolvendo direitos subjetivos e, por conseguinte, não se ocupa de verificar a constitucionalidade de normas ou atos normativos que não sejam passíveis de alicerçar pretensões subjetivas. Por conseguinte, em um Estado Liberal de Direito, que se caracteriza pela defesa das liberdades civis, pela proteção da propriedade privada, pela adoção do livre mercado e pelo Estado mínimo, o controle de constitucionalidade difuso é suficiente para proteger os direitos e liberdades assegurados aos cidadãos pela Constituição. Ao reverso, o Estado Social de Direito é um estado intervencionista, que visa o bem-estar social de todos e, portanto, se trata de agente da promoção social e organizador da economia. Agregando-se a esse conceito o princípio da soberania popular e da dignidade da pessoa humana, chega-se ao Estado democrático de direito, onde a Constituição exerce papel transformador da sociedade, na medida em que prevê a implementação de políticas públicas para tanto, carecendo muitas de suas normas de conformação por parte do Poder Legislativo e Executivo. Por conseguinte, como a norma passa a operar como instrumento de governo, os atos normativos são produzidos em número cada vez maior, mormente diante do dinamismo dos fatos que pretendem regular. Tais normas, que muitas vezes não veiculam pretensões subjetivas, necessitam ser submetidas a um controle de constitucionalidade a fim de que seja

averiguada sua conformidade com a Constituição, tanto no que atine a sua compatibilidade formal como material. Nesse diapasão, o controle de constitucionalidade concentrado por permitir maior alcance no que diz respeito à ocorrência de inconstitucionalidade legislativa, por ser meio mais célere de resolução de conflito constitucional e por apresentar eficácia contra todos se adequa melhor a um estado democrático de direito do que o controle puramente difuso.

Desse modo, a combinação de controle difuso e concentrado no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permitiu a verificação de constitucionalidade de leis e atos normativos em abstrato, garantindo maior celeridade em questões de relevância nacional, bem como manteve o direito do cidadão em provocar a jurisdição constitucional através do controle incidental, preservando sua participação em processo de suma importância para a interpretação e aplicação de normas constitucionais.

O sistema adotado pela Constituição de 1988, no entanto, causou aumento considerável de demandas perante o Supremo Tribunal, além de acarretar muitas vezes pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos, criando assim um estado de incerteza, que custava a ser sanado, se não fosse ajuizada ADI, diante da demora do STF em resolver definitivamente uma questão incidental de constitucionalidade, já que necessário o esgotamento de todas as instâncias inferiores e por tal decisão não produzir eficácia contra todos. Com o intuito de racionalizar a prestação jurisdicional constitucional, o Poder Constituinte Derivado e o Legislador Ordinário promoveram alterações no modelo vigente que serão analisadas no próximo capítulo.

## **6. Alterações introduzidas no modelo de controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1988**

No intuito de destacar as alterações realizadas pelo Poder Constituinte Derivado e pelo legislador infraconstitucional, estas serão analisadas em separado, em ordem cronológica, observando, no entanto, que, havendo regulamentação por lei de instituto criado por emenda constitucional, as inovações serão examinadas em conjunto, de modo a exaurir o tratamento do tema, bem como, havendo modificação posterior de determinada norma infraconstitucional, que originariamente produziu reflexos no sistema de fiscalização de constitucionalidade, as alterações serão exploradas juntamente com a norma infraconstitucional que primordialmente gerou impacto no modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

### **6.1 Alterações introduzidas pelo Poder Constituinte Derivado**

#### **6.1.1 A Emenda Constitucional nº 3/93: introdução da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro**

A ação declaratória de constitucionalidade foi incluída no art. 102, I, a da Constituição pela Emenda Constitucional nº 03, que delimitou seu objeto à verificação de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais. O parágrafo 2º do referido dispositivo constitucional estabeleceu que a decisão prolatada produziria eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e o parágrafo 4º limitou a legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador Geral da República<sup>271</sup>. Note-se que, como a ação se destina à confirmação da constitucionalidade da norma federal, inexistindo impugnação quanto a sua constitucionalidade, não há legitimado passivo e, portanto, o Advogado Geral da União não é citado para apresentar defesa da lei ou ato normativo federal.

---

<sup>271</sup> A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ampliou o rol de legitimados ativos, igualando-o ao rol previsto para ADI.

Parte da doutrina pátria<sup>272</sup> se insurgiu contra o novel instituto, alegando se tratar de medida inconstitucional, violadora de cláusulas pétreas, uma vez que o efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário impediria o conhecimento da matéria em sede de controle difuso, sendo esta decidida sem o exaurimento do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Também foi suscitada a violação ao princípio da separação de poderes, eis que o STF atuaria como órgão supervisor da atividade legislativa e questionada a ausência de parte ré na referida demanda.

De fato, devido à natureza dúplice das ações diretas, ou seja, se julgada procedente ação direta de inconstitucionalidade, é declarada a inconstitucionalidade da norma, e se julgada improcedente, é declarada a constitucionalidade da norma<sup>273</sup>, a inserção do instituto da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro poderia parecer, a princípio, sem sentido, contudo, é importante destacar que a referida ação não foi concebida com a finalidade pura e simples de apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, mas sim como meio de resolver, de forma definitiva, incerteza grave sobre a constitucionalidade da norma. Ou seja, para que seja reconhecido o interesse de agir do autor da referida ação é necessário que preexista considerável controvérsia no exercício do controle difuso que coloque em risco a presunção de constitucionalidade da norma. Tal foi o entendimento adotado pelo STF ao julgar questão de ordem na ADC nº 01<sup>274</sup> e consta expressamente do art.14, III, da Lei 9.868/99, que regulamentou as ações diretas.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu ainda no julgamento da ADC nº 01 a constitucionalidade da inovação contida na Emenda Constitucional nº 03/1993, afirmando que, como se trata de processo objetivo, que visa o controle de norma em abstrato, se trata de um processo sem sujeitos, destinado pura e simplesmente à defesa da Constituição. Logo, como não se aprecia o conflito de interesses de partes contrapostas, não se aplicam às ações diretas as normas constitucionais exclusivamente atinentes a processos subjetivos, entre elas o princípio da ampla defesa e do contraditório, e, por conseguinte, é dispensável a existência de sujeito passivo. A Corte salientou ainda que, se houvesse violação ao princípio do acesso à Justiça em

---

<sup>272</sup> Ives Gandra da Silva Martins (“Emenda viola direito dos cidadãos”, *O Estado de São Paulo*, 01/06/1993, p. 04. Disponível em: <[http://www.gandramartins.com.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/18/6ccc0b3artigo\\_0553.pdf](http://www.gandramartins.com.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/18/6ccc0b3artigo_0553.pdf)>) e Marcelo Figueiredo (“A ação declaratória de constitucionalidade - inovação infeliz e inconstitucional”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 39, p.77-104, jan. 1993, p. 92).

<sup>273</sup> Conforme dispõe o art. 24 da Lei 9.868/99.

<sup>274</sup> Acórdão publicado em 16/06/1995, Relator Min. Moreira Alves, órgão julgador: Pleno.

razão da falta de possibilidade de se utilizar o controle difuso, tal violação decorreria não da previsão da ação declaratória no ordenamento jurídico, mas sim da adoção do controle concentrado, já que as decisões nas ações diretas de inconstitucionalidades também produzem efeito *erga omnes*, atingindo a todos. No que atine à separação de Poderes, restou assentado que a ação direta tinha por escopo uniformizar a jurisprudência acerca de entendimento judicial sobre a constitucionalidade ou não de norma federal, não atuando a Corte como órgão consultivo do Poder Legislativo.

A ação declaratória de constitucionalidade foi objeto de regulamentação pela Lei 9.868/99, e consta de seu art. 16 que, uma vez proposta a ação, não será admitida a desistência, e, em seu art. 18, que não cabe intervenção de terceiros, já que se trata de processo objetivo, no qual inexistente interesse pessoal a ser defendido.

Consta ainda do art. 21 da Lei 9.868/99 a possibilidade de concessão de medida cautelar por decisão da maioria absoluta dos membros do STF, que consistirá na determinação de suspensão de julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Uma vez concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal deve julgar o pedido de forma definitiva no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Quanto à decisão definitiva, é exigida a presença de 8 Ministros na sessão de julgamento, podendo ser reconhecida a constitucionalidade ou não da norma mediante o voto de 6 Ministros. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso para se aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes até que se atinja o número necessário para prolação da decisão em um ou outro sentido. Caso seja julgada improcedente a ação e reconhecida a inconstitucionalidade da norma, é possível, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a modulação temporal de seus efeitos diante do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99.

### **6.1.2 A Emenda Constitucional nº 45/2004**

A Emenda Constitucional nº 45/2004 é usualmente denominada de “Reforma do Judiciário”, eis que teve como escopo realizar mudanças na estrutura do Poder



Judiciário e conferir mais agilidade à tramitação dos processos. No entanto, diante da delimitação do tema em estudo, serão analisadas apenas as alterações atinentes ao controle de constitucionalidade.

Dentre as modificações pontuais realizadas pela EC nº 45, já foi citada a ampliação do rol de legitimados para propositura de ADC, devendo ainda ser mencionada a inclusão do governador do Distrito Federal e da Câmara Legislativa do Distrito Federal como legitimados para propositura de ADI e ADC, a extensão à ADI do efeito vinculante já previsto para ADC, a atribuição de competência ao STF, na ADI interventiva, no caso de recusa à execução de lei federal, que antes pertencia ao STJ, bem como o acréscimo do inciso LXXVIII ao art.5º, elevando à categoria de direito fundamental o direito a razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tanto na esfera judicial como na administrativa. As alterações mais relevantes serão divididas em tópicos para melhor compreensão do assunto.

#### **a) Alterações em sede de Recurso Extraordinário**

No que atine ao recurso extraordinário, foi incluída a alínea *d* no inciso III do art. 102 de modo que no julgamento do referido recurso também fosse apreciada a decisão que julgasse válida lei local contestada em face de lei federal. Tal alteração se explica pelo fato de que o conflito em comento se trata de questão de invasão de competência legislativa da União pelos Estados e municípios e, como tais competências se encontram inseridas na Constituição, a questão é evidentemente de cunho constitucional. Anteriormente incumbia ao STJ o julgamento de tais questões em sede de Recurso Especial.

Ainda no tocante ao controle difuso, foi acrescentado o parágrafo 3º ao art. 102 que passou a exigir, em sede de recurso extraordinário, a demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso como requisito de admissibilidade do recurso, somente podendo o recurso ser recusado pelo voto de dois terços dos membros do STF (8 Ministros), o que exige o julgamento por parte do Pleno do Tribunal. A repercussão geral funciona como um filtro de modo que apenas questões relevantes para a comunidade sejam admitidas pelo STF. Em crítica à adoção

de tal medida, DELLORE sustenta que a repercussão geral implica em desprestígio ao controle difuso, pois apenas aplicada aos recursos extraordinários, o que indica que as questões discutidas em tal sede são consideradas como irrelevantes do ponto de vista macro pelo legislador<sup>275</sup>. Em sentido contrário, LENIO STRECK destaca que a repercussão geral constitui valioso instrumento que pode vir a fortalecer a integridade e coerência da jurisprudência, pois possibilita uma generalização minimamente necessária dos casos, diminuindo o grau de discricionariedade das decisões judiciais e evitando o processo de fragmentação destas<sup>276</sup>. Para outros<sup>277</sup>, a repercussão geral interliga o processo do controle difuso ao processo do controle concentrado, descaracterizando-o e retirando-lhe a qualificação de processo subjetivo, na medida em que exige que a questão constitucional discutida transcenda os interesses das partes no caso concreto.

A questão da repercussão geral foi inicialmente regulamentada pela Lei 11.418/2006, que incluiu o art. 543-A e art. 543-B no CPC/1973. No §1º do art. 543-A, o legislador tratou de conceituar o que seria repercussão geral, estabelecendo que esta ocorreria quando houvesse questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassassem os interesses subjetivos da causa. No §3º do referido dispositivo, o legislador declarou que também constituiria repercussão geral a impugnação de decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Observe-se que aqui não se exige que a súmula seja vinculante, pois o recurso pertinente para atacar decisão contrária à súmula vinculante é a reclamação (art.7º da Lei 11.417/2006). O quórum mínimo para se estabelecer a repercussão geral foi fixado em quatro votos (§4º), ficando, portanto, dispensada a remessa do recurso ao Plenário, caso atingido o número de votos em sessão de uma das turmas do STF, o que acelera a tramitação do feito. Ressalte-se que a decisão denegatória de repercussão geral produz efeitos *ultra partes*, na medida em que vale para todos os outros recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente (§5º), cabendo recurso contra tal decisão.

O CPC de 1973 foi revogado pela Lei 13.105/2015, que alterou profundamente as regras processuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como

---

<sup>275</sup> *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 345.

<sup>276</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 600.

<sup>277</sup> FERRAZ, Ana Cunha; DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, “A repercussão geral e a objetivação do controle concreto”, *Perspectivas de Reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil*, Coordenação de Elival da Silva Ramos e Carlos Blanco de Moraes, Almedina, 2012, p. 196.

modificou o padrão de julgamento até então prevalecente - que conferia ampla liberdade ao magistrado ou tribunal com base no princípio da livre convicção motivada -, ao prever efeito vinculante a determinadas decisões proferidas pelas Cortes Superiores.

No que cuida do recurso extraordinário, o §1º do art. 1.035 do CPC/2015 tratou da definição de repercussão geral e estabeleceu conceito quase idêntico<sup>278</sup> ao constante no código anterior, que também é reproduzido no art. 322, parágrafo único, do RISTF. O §3º do artigo 1.035 mantém a extensão da repercussão geral para os casos em que a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e amplia tal hipótese para os casos em que a decisão tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. Já o art. 987, §1º do CPC/2015 dispõe que será presumida a repercussão geral no recurso extraordinário cabível contra julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas. O art. 327 do RISTF exige que os recursos apresentem preliminar formal e fundamentada sobre a repercussão geral, sob pena de não conhecimento do recurso, como ocorreu no julgamento do RE 569.476<sup>279</sup>. Tal norma estava em consonância com o disposto no art. 543-A, §2º do CPC/1973, contudo, o CPC de 2015 não mais exige a arguição de preliminar no recurso, mas tão somente a demonstração da existência de repercussão geral, razão pela qual deve o regimento do STF ser atualizado nesse sentido. Observe-se que o art. 323, §2º do RISTF permite que o relator ou Presidente dispense a manifestação dos demais ministros e reconheça a repercussão geral, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante. O CPC/2015 deixou de prever regra sobre o quórum para análise da repercussão geral, contudo, diante do disposto no art. 102, §3º da Constituição e no art. 324 do RISTF<sup>280</sup>, se depreende que para ser negada a repercussão geral é necessária a recusa de 2/3 (dois terços) dos Ministros, ou seja, 8 (oito) votos. Diante do disposto no art. 324 do RISTF, que prevê a manifestação

---

<sup>278</sup> O CPC/2015 ao invés de mencionar “interesses que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, como consta do CPC/1973, faz referência aos “interesses que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

<sup>279</sup> Acórdão publicado no *Diário da União* em 24/04/2008, Relatora Min. Ellen Gracie, órgão julgador: Pleno.

<sup>280</sup> Art.324 - Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. § 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

eletrônica dos Ministros acerca da repercussão geral, no prazo de 20 dias, contados da manifestação do relator, não é necessário que a questão seja discutida em Plenário, e, uma vez decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, será presumida a existência de repercussão geral. O art. 326 do RITSF estabelece ainda que toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e vale para todos os recursos sobre questão idêntica. Já o §5º do art. 1.035 do CPC dispõe que, uma vez reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão, providência que evita julgamentos pela instância ordinária em descompasso com a tese firmada pelo STF.

Note-se que o Recurso Extraordinário é recebido apenas em seu efeito devolutivo, salvo no caso de ser interposto contra julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 987, §1º do CPC) e, portanto, caso o recorrente pretenda suspender a exequibilidade do julgado, deve propor medida cautelar com o fim de que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso. De acordo com o enunciado nº 634 e 635 da súmula do STF, enquanto não apreciada a admissibilidade do recurso pelo tribunal de origem, compete ao Presidente deste tribunal decidir sobre o pedido cautelar. Já no julgamento da AC nº 2.177<sup>281</sup>, o STF entendeu que, para a concessão de medida cautelar com efeito suspensivo, se faz necessário juízo positivo de admissibilidade do RE no tribunal de origem e, caso o recurso esteja sobrestado diante do reconhecimento da existência de repercussão geral sobre o tema, compete ao tribunal de origem a apreciação da medida cautelar.

#### **b) A introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro**

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o art. 103–A à Constituição e, assim, criou a súmula vinculante no sistema jurídico pátrio. A par da impropriedade quanto à denominação do novo instituto contida na norma constitucional supracitada, eis que súmula é o conjunto de enunciados que resume a jurisprudência predominante de um tribunal e, portanto, a referida norma deveria mencionar que ao STF cabe

---

<sup>281</sup> Acórdão publicado no *Diário da União* em 19/02/2009, Relatora Min. Ellen Gracie, órgão julgador: Tribunal Pleno.

aprovar, revisar ou cancelar enunciado de súmula vinculante, ele foi criado com o intuito de evitar novas discussões sobre a matéria sumulada e, assim, reduzir a quantidade de processos nos Tribunais Superiores.

Para LENIO STRECK, a súmula vinculante, além de forma de barrar o acesso aos Tribunais Superiores, é uma tentativa de controlar o poder discricionário dos juízes e tribunais. Para o citado autor, a instituição de um sistema que adota mecanismos vinculativos não representa por si só um mal, eis que a integridade do direito se constrói a partir do respeito às decisões judiciais, porém, a pretensão de universalização contida nas súmulas brasileiras não é compatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão de casos concretos<sup>282</sup>. A crítica é pertinente, na medida em que os verbetes sumulares são geralmente utilizados pelos juristas sem que se perquiria sua origem, isto é, os fundamentos determinantes da decisão que levou à edição do verbatim. Nas palavras do jurista gaúcho, ocorre a institucionalização do grau zero de sentido<sup>283</sup>.

Nesse diapasão, ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>284</sup> destaca que seria importante buscar harmonia quanto à fundamentação da decisão, ainda que a Constituição ou a lei não a exijam, pois em muitos casos a edição de enunciado sem a incorporação da discussão será inútil, na medida em que não representará fielmente o pensamento do Tribunal sobre determinada questão.

Para GILMAR MENDES<sup>285</sup>, muitas vezes será necessário recorrer às referências da súmula para sanar dubiedade sobre o exato significado do enunciado, sendo tais referências importantes também para se fazer eventual distinção na aplicação do enunciado.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que o art. 926, §2º do CPC dispõe que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. ALEXANDRE CÂMARA<sup>286</sup> observa que se trata de uma exigência de indicação dos precedentes que deram origem ao enunciado, o que evita que este seja tratado como se fosse um texto de lei, quando se trata de um extrato de entendimento firmado em decisões de casos concretos cuja aplicação deve ser feita levando em consideração os precedentes que o formaram.

---

<sup>282</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 676.

<sup>283</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 677.

<sup>284</sup> *Nova lei da súmula vinculante*, Editora Método, 3ª edição, 2009, p. 48.

<sup>285</sup> *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 995.

<sup>286</sup> *O novo processo civil brasileiro*, Editora Atlas, 2015, 1ª edição, p. 430.

Ressalte-se que para aqueles que entendem que efeito vinculante implica em obediência dos demais órgãos judiciais aos precedentes estabelecidos pelo STF, inclusive aos motivos determinantes de decisão proferida<sup>287</sup>, a problemática do *grau zero de sentido* fica resolvida, na medida em que os operadores do Direito deverão apreciar a complexidade da decisão que originou a súmula como um todo e não apenas o verbete sumulado.

Conforme dispõe o art. 103-A da Carta Magna brasileira, o STF, por provocação ou de ofício, pode aprovar súmula, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional<sup>288</sup>, que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como realizar sua revisão ou cancelamento. O §1º do mencionado artigo dispõe que a súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Verifica-se, portanto, que quatro são os requisitos de edição de enunciado de súmula vinculante: (i) reiteradas decisões do STF sobre a questão<sup>289</sup>; (ii) existência de controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração; (iii) a controvérsia deve acarretar grave insegurança jurídica; (iv) e implicar em multiplicação de processos idênticos. No caso de enunciado de súmula de interesse do município, acrescenta-se um quinto requisito: existência de processo em que este seja parte e discuta incidentalmente a questão que será objeto do processo de edição, modificação ou cancelamento de súmula vinculante.

---

<sup>287</sup> A controvérsia acerca do sentido da expressão efeito vinculante será analisada no tópico 6.2.2, que trata da Lei 9.868/99, eis que a pluralidade de sentidos de tal expressão surgiu no meio jurídico em razão do efeito vinculante atribuído à ADC e ADI.

<sup>288</sup> LENIO STRECK observa que a concretização de uma súmula deve compor, narrativamente, a cadeia de decisões anteriores que lhe deram origem, a fim de que seja composta a solução dos casos em um contexto de coerência e integridade do direito na comunidade política (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 666). Por conseguinte, é exigido para a edição de súmula vinculante a existência de reiteradas decisões, ou seja, a súmula deve refletir a jurisprudência do STF sobre determinada questão constitucional, não sendo possível sua edição com base em julgado isolado.

<sup>289</sup> Na edição do enunciado nº 11 da súmula vinculante, que trata do uso excepcional de algemas, constaram como precedentes apenas dois processos (HC nº 91.952 e HC nº 56.465), o que gerou debate na doutrina sobre a não observância de requisito (reiteradas decisões) para edição de enunciado vinculante (Tavares, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante*, Editora Método, 3ª edição, 2009, p. 43 e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>).

Para ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>290</sup>, o processo que origina, modifica ou cancela o enunciado vinculante se trata de típico processo objetivo com algumas particularidades e a atuação de ofício do STF não descaracteriza a natureza jurisdicional do processo, pois essa atuação depende de julgamento de diversos casos anteriores em que houve provocação da Corte. Já ELIVAL DA SILVA RAMOS<sup>291</sup> entende que a atividade do STF na edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é muito mais de produção do que aplicação do direito, observando que é possível a criação de norma em controle abstrato de constitucionalidade, contudo, o STF sempre será provocado em tal hipótese, o que não ocorre no caso de edição de súmula vinculante *ex officio*. Portanto, define a competência do STF como exercício atípico de atividade de caráter normativo, que redundará na expedição de ato de imposição de norma geral e abstrata de nível secundário.

No tocante à extensão subjetiva da eficácia vinculante dos enunciados da súmula editada sob as regras do art. 103-A da Constituição, surge a mesma discussão travada em relação à eficácia vinculante em sede de ADC e ADI. Ou seja, a vinculação abrange o Poder Legislativo<sup>292</sup>? Alguns juristas entendem que não, eis que o Poder Legislativo não está inserido no rol dos sujeitos alcançados pelo efeito vinculante disposto na norma constitucional. Outros, no entanto, sustentam que o Legislativo deve observar as decisões proferidas pelo STF, precipuamente sobre a constitucionalidade de normas, eis que este é quem dá a última palavra sobre a Constituição. O STF, por uma questão de integridade<sup>293</sup> do direito<sup>294</sup>, está adstrito às suas próprias decisões sumulares<sup>295</sup>, podendo revisá-las ou cancelá-las diante da

---

<sup>290</sup> *Nova Lei da súmula vinculante*, Editora Método, 3ª edição, 2009, p. 31.

<sup>291</sup> RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. III, p. 34.

<sup>292</sup> A questão será melhor esmiuçada no tópico 6.2.2 que trata do efeito vinculante em sede de ADC e ADI, já que foram os primeiros institutos a receberem tal tratamento por parte do Constituinte derivado e do legislador ordinário.

<sup>293</sup> “Por força do dever de integridade, os órgãos jurisdicionais ficam obrigados a utilizar as técnicas de distinção e superação dos precedentes sempre que isto se faça necessário para adequar seu entendimento às características do caso concreto ou à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, Editora Atlas, 2015, 1ª edição, p. 42).

<sup>294</sup> Como Dworkin salienta: “[A integridade exige] uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade faz vigorar”. (*O império do direito*, tradução Jeferson Luiz Camargo, Editora Martins Fontes, 2014, p. 273)

<sup>295</sup> RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. III, p. 39; TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante*, Editora Método, 3ª edição, 2009; p. 39, STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 673. Gilmar Mendes sustenta que a súmula constitui instrumento de autodisciplina do STF e que este somente poderá se afastar da sua orientação de forma expressa e fundamentada, sendo necessária decisão formal no sentido

mudança de entendimento sobre o tema. Note-se que o quórum exigido para adoção, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante (voto de 8 Ministros) é superior ao quórum exigido para declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma (voto de 6 ministros), o que pode dificultar a adoção de enunciados vinculantes, esvaziando o instituto, e pior, acarretar o engessamento da jurisprudência do STF diante da dificuldade de se obter o quórum mínimo para revisão ou cancelamento de súmula cujo objeto já não mais represente o entendimento do STF sobre o tema<sup>296</sup>.

A súmula vinculante foi regulamentada pela Lei 11.417/2006, que em seu art. 3º dispôs que o Procurador Geral da República deve se manifestar antes da edição, revisão ou cancelamento do enunciado quando não tiver realizado a solicitação, bem como estipulou rol restrito de legitimados para provocar o STF a editar, revisar ou cancelar enunciado sumular, sendo este composto pelo Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Defensor Público-Geral da União, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares.

O STF ainda não se manifestou sobre o tema, mas deve ser aplicada também, em sede de súmula vinculante, a pertinência temática exigida na ADI para as entidades de classe e confederação sindical de âmbito nacional, na medida em que somente possuem legitimidade para se imiscuir em questões constitucionais que guardem relação direta com os objetivos institucionais da entidade. Como já mencionado, foi permitido ao município, nos processos em que for parte, propor, incidentalmente, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não importará na suspensão do processo (art. 3º, §1º da Lei 11.417/2006).

---

de superação do enunciado eventualmente fixado (*Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 993 e 995).

<sup>296</sup> Elival da Silva Ramos assevera que a vinculação da Corte à própria interpretação acarreta indesejável enrijecimento da Constituição, que não se pode beneficiar da interpretação evolutiva, que é assaz importante para preservar a força normativa da Constituição e compatibilizar suas prescrições com a dinâmica da realidade social a que se refere (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. III, p. 44).



A figura do *amicus curiae*<sup>297</sup> está prevista no art. 3º, §2º da Lei 11.417/2006, e importa na pluralização do debate acerca de temas constitucionais relevantes para a sociedade, quando se está diante de processo que culminará na prolação de decisões dotadas de eficácia geral e efeito vinculante. Note-se que o dispositivo supracitado menciona a participação de terceiros, devendo tal expressão ser entendida como colaboradores, eis que a intervenção de terceiros somente é admitida em processos nos quais se discuta direito subjetivo, e, apesar de a lei não fazer menção, deve existir uma pertinência entre o “terceiro” e a questão discutida, tal como exigido pelo art. 7º, §2, da lei 9.868/99<sup>298</sup>, sob pena de se tumultuar indevidamente o processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

Via de regra, o enunciado com efeito vinculante tem eficácia imediata<sup>299</sup> (art. 4º da Lei 11.417/2006), contudo, o STF pode modular seus efeitos no tempo ou restringir os efeitos vinculantes mediante decisão de dois terços de seus membros, desde que haja razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. Nesse aspecto, se questiona se a decisão que protrai a eficácia do enunciado para outro momento deve estar contida no enunciado ou fora dele e, neste último caso, se teria efeito vinculante. Até o momento, o STF não editou nenhum enunciado vinculante em que tenha se valido da faculdade constante da norma acima mencionada, contudo, não parece lógico que a decisão de modular efeitos em enunciado vinculante não seja também vinculante<sup>300</sup>. No que tange à restrição do efeito vinculante, parece à primeira vista que não faria sentido editar uma súmula vinculante para que esta não produza efeito vinculante. No entanto, é possível que, por alguma diferença na realidade existente entre as diversas regiões do país, o efeito vinculante do enunciado possa vir a ser espacialmente restrito, bem como sua eficácia ser temporalmente modificada<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup> O surgimento do *amicus curiae* se deu através da Lei 9.868/99 e será abordado no tópico 6.2.2.

<sup>298</sup> Art. 7º, § 2º - “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

<sup>299</sup> A partir da publicação do enunciado no *Diário da União* (art. 2º da lei 11.417/2006). No julgamento da Rcl 6.541, foi decidido que o enunciado vinculante se aplica recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula (acórdão publicado em 04/09/2009, Rel. Min. Ellen Gracie, órgão julgador: Pleno).

<sup>300</sup> Nesse sentido, André Ramos Tavares sustenta que o efeito vinculante é próprio do processo que edita, revisa ou cancela súmula vinculante e que seria despropositado que a decisão não produzisse efeito vinculante quando se refere a enunciado cuja principal característica é a produção de efeito vinculante (Tavares, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante*, Editora Método, 3ª edição, 2009, p. 65).

<sup>301</sup> Nesse aspecto, pode ocorrer de a decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão ser aplicável imediatamente em um Estado da Federação e não em outro, como, por exemplo, no caso de um Estado não ter instituído a Defensoria Pública para prestar assistência jurídica aos hipossuficientes

O legislador infraconstitucional vedou a suspensão de processos por ocasião de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, bem como estipulou que caberá reclamação<sup>302</sup> ao Supremo Tribunal Federal contra as decisões judiciais ou atos administrativos que contrariarem enunciado de súmula vinculante, negarem-lhe vigência ou o aplicarem indevidamente, porém, em se tratando de omissão ou de ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. A reclamação, caso julgada procedente, implicará na anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial impugnada, determinando o STF que outra seja proferida. Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a reclamação se encontra atualmente disciplinada no CPC/2015 (art. 988 a 993), que prevê legitimidade ativa para sua propositura ao interessado ou Ministério Público para preservar a competência do tribunal, garantir a autoridade de suas decisões, garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de enunciado de súmula vinculante e de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. No caso de reclamação contra ato judicial, aquela não será admitida se este já tiver transitado em julgado<sup>303</sup> ou for proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias (§5º do art. 988). O relator deverá requisitar informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, e poderá ordenar, se necessário, a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável. O relator determinará ainda a citação do beneficiário da decisão impugnada para apresentar contestação, observando que, na reclamação não formulada pelo Ministério Público, este terá vista do processo.

---

(omissão inconstitucional já reconhecida no julgamento do RE nº 763.667/Ceará, publicado no *Diário da União* em 13/12/2013, Rel. Min. Celso de Mello, órgão julgador: 2ª Turma). Caso a omissão decorra da absoluta falta de recursos para aparelhamento da Defensoria Pública, a declaração de omissão inconstitucional poderia nesse caso não gerar efeito vinculante imediato a esse Estado de modo que se aguardasse a sua recuperação financeira.

<sup>302</sup> Segundo o art. 156 do RISTF: “Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões”. Trata-se de um misto de ação e recurso que visa retirar a eficácia da decisão que confronta a decisão do STF.

<sup>303</sup> Tal entendimento já era adotado pelo STF, conforme enunciado nº 734 de sua súmula aprovado em 26/11/2003: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Importante destacar, por fim, que, através da edição de enunciado de súmula vinculante, uma norma considerada inconstitucional em reiteradas decisões em sede de Recurso Extraordinário não necessitará mais ter sua execução suspensa pelo Senado Federal para alcançar efeito *erga omnes*, eis que tal efeito será atingido a partir da edição do enunciado da súmula vinculante<sup>304</sup>.

## **6.2 Alterações introduzidas pelo legislador ordinário**

### **6.2.1 Alterações relevantes introduzidas no Código de Processo Civil**

A Lei 9.139/95 alterou o art.557 do CPC/1973 a fim de permitir que o relator pudesse negar seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior, prevendo em seu parágrafo único a possibilidade de agravo ao órgão competente para o julgamento do recurso contra a decisão denegatória de seguimento. A referida norma foi alterada posteriormente pela Lei 9.756/98, que passou a prever a possibilidade de o relator negar seguimento ao recurso, desde que em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, bem como a de dar provimento ao recurso através de decisão monocrática, se a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. No CPC/2015, o art. 932, IV e V, dispõe que incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário ou dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

---

<sup>304</sup> Gilmar Mendes sustenta que a eficácia geral e vinculante da súmula vinculante não afeta diretamente a vigência de leis porventura declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental, eis que não alterado o art. 52, X da Constituição que confere ao Senado a atribuição de suspender a execução da lei, caso seja declarada inconstitucional incidenter tantum (*Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 995). Em sentido contrário, André Ramos Tavares defende que a lei declarada inconstitucional em enunciado vinculante deve ser considerada como desconstituída (Tavares, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante*, Editora Método, 3ª edição, 2009, p. 71).

A Lei 9.756/98 incluiu ainda um parágrafo único no art. 481 do CPC/1973, normativizando entendimento jurisprudencial já adotado pelo STF<sup>305</sup>, e mitigou o princípio constitucional da reserva de plenário, ao dispensar os órgãos fracionários dos tribunais de submeter ao plenário ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. O CPC/2015 manteve a dispensa da reserva de plenário no art. 949, parágrafo único. Observe-se que, no caso em que o próprio Tribunal já tenha se manifestado a respeito da questão constitucional em incidente de inconstitucionalidade anterior, a norma que dispensa nova apreciação pelo mesmo Tribunal, implica no reconhecimento de eficácia horizontal ao precedente do Tribunal. Já no caso de dispensa, quando já houver pronunciamento do Plenário do STF a respeito, cumpre observar que, em se tratando de decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso<sup>306</sup>, haverá efeito *ultra partes* da referida decisão. No julgamento do Agravo regimental no RE nº 440.458, o STF assentou a constitucionalidade da referida norma<sup>307</sup>. Por fim, no que atine à cláusula de reserva de plenário, o STF editou o enunciado nº 10 de sua súmula vinculante, estabelecendo que a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a incidência da norma, no todo ou em parte, viola a cláusula de reserva de plenário. Naturalmente a interpretação conforme à Constituição por não implicar em declaração de inconstitucionalidade não exige a observância do princípio da reserva de plenário. LENIO STRECK<sup>308</sup> defende que para ser declarada a inconstitucionalidade parcial sem

---

<sup>305</sup> Agravo regimental em RE nº 433806, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Órgão Julgador: Primeira Turma, acórdão publicado no *Diário da União* em 01/04/2005, ementa: “O artigo 481, parágrafo único, introduzido no Código de Processo Civil pela L. 9.756/98 - que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão - alinhou-se à construção jurisprudencial já então consolidada no Supremo Tribunal, que se fundara explicitamente na função outorgada à Corte de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis. 2. A regra, por isso mesmo, só incide quando a decisão do órgão fracionário de outro tribunal se ajusta à decisão anterior do plenário do Supremo Tribunal.”

<sup>306</sup> Havendo incidente de inconstitucionalidade suscitado em sede de mandado de segurança contra ato do Presidente da República, Mesa da Câmara ou do Senado, do STF ou impetrado pela União contra ato do governo estadual ou por um Estado contra o outro (art.5º, V, RISTF) ou em ações contra ato individual do Presidente do CNJ ou CNMP (art. 5º, XI, do RISTF) caberá ao Plenário reconhecer a inconstitucionalidade pela via difusa.

<sup>307</sup> Publicado o acórdão no *Diário da União* de 06/05/2005, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Órgão Julgador: 1º Turma, ementa: “1. Controle de constitucionalidade; reserva de plenário (CF, art. 97): aplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C. Pr. Civil (red. da L. 9.756/98), que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

<sup>308</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 544.

redução de texto também não se exige o julgamento pelo Plenário dos Tribunais, na medida em que não ocorre alteração expressa do texto, mas apenas se exclui uma hipótese de aplicação da norma.

A Medida Provisória<sup>309</sup> nº 2180-35/2001 incluiu o parágrafo único no art. 741 do CPC/1973, que tratava dos embargos à execução contra a Fazenda Pública, de modo que fosse considerado como inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. A referida norma teve a redação ligeiramente alterada pela Lei 11.232/2005. Já o CPC/2015 previu tal hipótese no art. 535, §5º, como questão a ser suscitada pela Fazenda Pública, em impugnação ao cumprimento de sentença, acrescentando que a norma poderia ser considerada inconstitucional ou a aplicação ou interpretação da norma poderia ser tida por inconstitucional tanto em sede de controle de constitucionalidade concentrado como difuso. O §7º do citado dispositivo ressalta que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

O art. 475 do CPC/1973, que cuidava da remessa necessária dos processos julgados em 1ª instância para os Tribunais, quando a sentença anulasse o casamento, fosse proferida contra a União, o Estado ou o Município, ou quando julgasse improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública, ganhou o §3º da Lei 10.352/2001, que estabeleceu a dispensa do reexame necessário quando a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou de tribunal superior competente. O CPC/2015 refinou as hipóteses de dispensa no art. 496, §4º, não sendo aplicável o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Já a Lei 11.232/2005 inseriu o art. 475-L no CPC/1973, estabelecendo no inciso II do referido dispositivo, como motivo para a impugnação ao cumprimento de sentença a ser apresentada pelo devedor, a inexigibilidade do título, observando no §1º, que o título fundado em lei ou em ato normativo declarado inconstitucional pelo

---

<sup>309</sup> Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las ao Congresso Nacional. Note-se que, muitas vezes, as matérias tratadas por medida provisória carecem do requisito de urgência, como se trata da alteração introduzida no art. 741 do CPC/1973.

Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal seriam considerados títulos inexigíveis. O CPC/2015 previu norma de teor similar no art. 525, §12º, alterando sua redação, eis que dispõe que será inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Note-se que tal norma atribui efeitos vinculantes aos fundamentos determinantes da decisão proferida em sede de controle difuso pelo STF, na medida em que a constitucionalidade ou não de dada norma é analisada incidentalmente em tais casos e não integra a parte dispositiva da decisão. Importante destacar que para permitir a impugnação com base na norma supracitada é preciso que a decisão do STF seja anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda, como consta do §14º do art. 525, observando-se assim a intangibilidade da coisa julgada material.

A Lei 11.672/2008 acrescentou ao CPC/1973 o art. 543-A e art. 543-B que tratava da repercussão geral em Recurso Extraordinário e, como as modificações introduzidas em razão da repercussão geral, em sede de RE, já foram analisadas em tópico anterior, não serão novamente examinadas neste espaço.

O CPC/2015, que passou a vigor em março de 2016, introduziu diversas inovações no ordenamento processual brasileiro. Dentre as mudanças que possam se relacionar com o controle de constitucionalidade podem ser destacadas duas novas hipóteses para o ajuizamento de ação rescisória, dispostas no art 525, §15º e art. 535, §8º, que tratam da inexigibilidade da obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, quando a decisão do STF tiver sido proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda. Nesse caso, o prazo para propositura de ação rescisória será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. As normas supracitadas constituem nítida ofensa à garantia constitucional de intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição). O instituto da ação rescisória não foi criado para

enfraquecer a coisa julgada, mas sim para possibilitar a revisão de decisões transitadas em julgado, caso verificada irregularidade(s) na sua formação, o que não é o caso de interpretação divergente em sede de matéria constitucional. Saliente-se que existem outros recursos previstos em lei para assegurar a observância dos precedentes firmados pelo STF que não redundam em ofensa à garantia da coisa julgada material, como a suspensão dos processos em andamento, em sede de recurso extraordinário no qual se reconheceu a repercussão geral (art. 1.035, §5º do CPC/2015), em sede de recurso extraordinário afetado para julgamento como recurso repetitivo (art. 1036, §1º do CPC/2015) ou através de decisão liminar em sede de ADC (art. 21 da lei 9.868/98), ADPF (art.5º, §3º da Lei 9.882/99) ou ADI por omissão (art. 12-F, §1º d Lei 9.868/98). Imperioso ressaltar que a admissão de efeito retroativo às decisões proferidas pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, implica, além de ofensa ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, em tornar infecundas as decisões proferidas pelos demais órgãos judiciais em sede de controle difuso, eis que somente a decisão do STF será capaz de por fim efetivo à controvérsia, na medida em que sempre pesará sobre a decisão transitada em julgado - apesar de exequível - a possibilidade de sua rescisão, o que coloca o jurisdicionado em constante compasso de espera. Ou seja, nas palavras de MARINONI, uma decisão que produz coisa julgada material e é legitimamente proferida pelo juiz não gera qualquer proteção à confiança nela depositada<sup>310</sup>. O insigne professor destaca que observar a coisa julgada em tais casos não implica em reconhecer efeitos à lei declarada inconstitucional, mas sim em reconhecer efeitos a um juízo anterior sobre a inconstitucionalidade, distinto do juízo posterior do STF, plasmado na decisão de

---

<sup>310</sup> MARINONI, Luiz Guilherme “A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos”, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 70, Editora Magister, jan/fev 2016, p. 17. No mesmo sentido DELLORE, Luiz: “Caso acatada a tese da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, a estabilização que a coisa julgada confere às relações sociais não existirá, perdendo o instituto suas características mais ínsitas” (*Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 176); STRECK: “Caso se admita a retroação prevista na norma ora comentada como possível, isso caracterizaria ofensa direta a dois dispositivos constitucionais, o caput do art. 1º (Estado Democrático de Direito do qual a coisa julgada é manifestação) e 5º, XXXVI (garantia individual ou coletiva de intangibilidade da coisa julgada)” (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 562) e CLÉVE, Clémerson Merlin: “a coisa julgada consiste em importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade” (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 253). Pela possibilidade de ação rescisória em tais casos, DA CUNHA JÚNIOR, Direly, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 219.

inconstitucionalidade<sup>311</sup>. Observe-se que tal problemática não ocorre em Portugal, na medida em que a Constituição Portuguesa prevê em seu art. 282º, 3, que a declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* não atinge os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional e quando se tratar de matéria penal, disciplinar ou ilícito social, e a norma for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Ainda quanto à possibilidade de se atribuir efeito retroativo às decisões proferidas pelo STF, cumpre observar que o referido Tribunal inicialmente se manifestou favoravelmente no julgamento do RE nº 328.812<sup>312</sup>, ao analisar a possibilidade de ação rescisória contra violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC/1973), observando que o enunciado nº 383<sup>313</sup> da súmula do STF não se aplicava a questões constitucionais. Posteriormente, no julgamento do RE nº 590.809<sup>314</sup>, houve uma mudança de posicionamento, passando o Supremo a inadmitir a possibilidade de ação rescisória quando ocorrer mudança de jurisprudência em matéria constitucional. Ou seja, não cabe rescisória fundada em decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte ulterior ao trânsito em julgado da decisão, pois a invocação de precedente constitucional posterior à formação da coisa julgada com o intuito de rescindi-la é incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada material. Recentemente, o STF plasmou o entendimento de que é constitucional a introdução de mecanismos com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado no direito processual pátrio,

---

<sup>311</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos”, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 70, Editora Magister, jan/fev 2016, p. 18.

<sup>312</sup> Acórdão publicado no *Diário da União* em 02/05/2008, Relator Min. Gilmar Mendes, órgão julgador: Pleno, decisão unânime, ementa: “Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória”.

<sup>313</sup> “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”

<sup>314</sup> Acórdão publicado no *Diário da União* em 24/11/2014, Relator Min. Marco Aurélio, órgão julgador: Pleno, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavaski. Voto do relator: “Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. [...] Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse ‘conformar’ os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional [...] Os novos precedentes implicaram, sem dúvida, superação do entendimento sufragado anteriormente, de modo a impor-se a observância do Verbo nº 343 da Súmula”.



desde que o reconhecimento dessa constitucionalidade ou inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento da Corte realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda<sup>315</sup>, o que indica que a norma disposta no art. 525, §15º deva a ser tida por inconstitucional pelo STF, de modo a preservar a garantia constitucional da coisa julgada material. Cumpre ressaltar que o atual Código de Processo Civil em seu art. 966, V, alterou a redação do anterior código de processo (art. 485, V) passando a prever a possibilidade de ação rescisória não mais contra ofensa a literal disposição de lei, mas sim contra manifesta violação de norma jurídica. Como a norma é construída pelo juiz a partir do texto e de orientações interpretativas e valorativas, a decisão judicial somente pode violar a norma que resulta da interpretação constitucional. Portanto, com base na alteração supracitada passa a ser cabível ação rescisória quando a decisão transitada em julgado tenha se negado a adotar precedente constitucional do STF<sup>316</sup>.

Cumpre ainda destacar a criação de novos mecanismos para uniformizar a jurisprudência como o incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do CPC/2015, que permite ao relator remeter o julgamento de recurso ou processo de competência originária ao órgão colegiado, quando envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, caso em que a decisão, reconhecendo o interesse público na assunção de competência, vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, e o incidente de resolução de demandas repetitivas cuja tese adotada no julgamento do mérito do recurso pelo Supremo Tribunal Federal será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (art. 987, §2º).

---

<sup>315</sup> ADI nº 2418, acórdão publicado em 17/11/2016, Relator Min. Teori Zavascki, órgão julgador: Pleno. Ementa: “São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. 4. Ação julgada improcedente”.

<sup>316</sup> Nesse sentido, é o entendimento de MARINONI, Luiz Guilherme, “A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos”, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 70, Editora Magister, jan/fev 2016, p. 28.

### 6.2.2 A Lei 9.868/99

A Lei 9.868/99 trata das normas infraconstitucionais que regem o procedimento de ADI, ADO e ADC, contudo, como a regulamentação desta última já foi apreciada no tópico que trata da ação declaratória de constitucionalidade, não serão reproduzidas aqui as considerações anteriormente feitas.

Verifica-se, portanto, que a Lei 9.868/99 trata do controle de constitucionalidade concentrado, em que os processos são objetivos, ou seja, neles não se discutem direitos subjetivos, e, portanto, os legitimados ativos não agem na defesa de seus interesses jurídicos, mas sim na defesa da Constituição a fim de que seja garantida sua supremacia. Por conseguinte, uma vez proposta ação direta de inconstitucionalidade, seja por conduta comissiva ou omissiva, não se admite a desistência (art.5º e art.12-D) Nesse sentido, ZENO VELOSO destaca que na ação de inconstitucionalidade prepondera evidente e indisponível interesse público<sup>317</sup>.

Outra característica de tal demanda é que não se admite a intervenção de terceiros, na medida em que não se discute direitos subjetivos (art. 7º da Lei 9.868/99). Contudo, diante da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, o §2º, do art. 7º da lei 9.868/99 confere ao relator a possibilidade de admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades através de despacho irrecorrível. Trata-se da figura do *amicus curiae*, ou seja, do amigo da Corte, que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade e constitui elemento de democratização do debate constitucional e de legitimação do exercício da jurisdição constitucional. Através da manifestação do *amicus curiae*, o STF se abre ao diálogo junto à sociedade e permite que o cidadão contribua para a tomada de decisão em processo objetivo de controle de constitucionalidade que pode afetar toda a comunidade. O STF estabeleceu entendimento de que a manifestação do *amicus curiae* deve ocorrer até a data em que o relator liberar o processo para inclusão em pauta de julgamento e que somente em hipóteses excepcionais se justifica a possibilidade de sua manifestação em momento posterior<sup>318</sup>. Também restou

---

<sup>317</sup> *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Editora Del Rey, 3ª edição, 2003, p. 95.

<sup>318</sup> ACO nº 779 AgR-segundo, publicado no *Diário da União* em 09/03/2017, Relator Min. Dias Toffoli, órgão julgador: Pleno, ementa: “Agravos regimentais em ação cível originária. Pedido de ingresso como *amicus curiae* apresentado após a inclusão do processo em pauta. Jurisprudência

estabelecido pelo STF que o *amicus curiae* não possui legitimidade para interpor recurso contra a decisão proferida em sede de controle concentrado<sup>319</sup>.

A Lei 9.868/99 prevê a possibilidade de concessão de medida cautelar, tanto em sede de ADI como ADO, sendo que em ambos os casos a medida somente será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o quórum disposto no art. 22<sup>320</sup>, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado ou dos responsáveis pela omissão inconstitucional. Cumpre salientar que é possível a concessão da liminar *inaudita altera pars* em caso de excepcional urgência, em se tratando de ADI. Naturalmente tanto na ação direta por ação inconstitucional como por omissão inconstitucional se exige a presença de *fumus boni iuris* (plausibilidade jurídica do fundamento do pedido) e *periculum in mora* (probabilidade de dano de difícil ou incerta reparação), que são os requisitos autorizadores da medida cautelar em geral. No que tange aos efeitos da medida cautelar em ADI, o art. 11, §§1º e 2º dispõe que a medida cautelar é dotada de eficácia contra todos, concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva lhe conceder eficácia retroativa, bem como acarreta a repristinação da legislação anterior, exceto se o Tribunal se manifestar expressamente em sentido contrário. Já no que atine aos efeitos da medida cautelar em ADO, estes podem consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. Destaque-se que, antes da edição da Lei 12.063/2009, que introduziu o procedimento relativo à ação de inconstitucionalidade por omissão na Lei 9.868/99, o STF comungava do entendimento de que não era admitida concessão de liminar em ação direta por omissão em virtude da incompatibilidade de tal medida com o objeto mediato da demanda. Considerando que muitas vezes as decisões cautelares proferidas em ação de controle concentrado se eternizam, ZENO VELOSO sustenta que o legislador deveria ter

---

sedimentada da Corte no sentido de que o *amicus curiae* somente pode demandar sua intervenção até a data em que o relator liberar o processo para pauta. Precedentes. Flexibilização do entendimento em hipóteses excepcionais.”

<sup>319</sup> RE nº 595.486 AgR, publicado no *Diário da União* em 14/03/2017, Relator Min. Roberto Barroso, órgão julgador: 1ª Turma, ementa: “Direito Processual Civil e Constitucional. Agravo Interno em Recurso Extraordinário. Recurso interposto por *amicus curiae*. Inadmissibilidade. Recurso Extraordinário intempestivo. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido de que não devem ser conhecidos recursos interpostos por *amicus curiae*, pois sua posição processual não gera legitimidade recursal. Precedentes. 2. Agravo interno não conhecido”.

<sup>320</sup> Art. 22 - A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros

estipulado um limite temporal além do qual a liminar perderia eficácia<sup>321</sup>, como o fez na cautelar em ADC (art.21).

Na ADI, depois de prestadas as informações pelos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, serão ouvidos sucessivamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, e, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que seja emitido parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Já na ADO, não existe manifestação compulsória do Advogado-Geral da União, eis que não há ato a ser defendido, mas sim omissão do Poder Público nem tampouco há previsão expressa de requisição de informações adicionais ou designação de perícia por parte do relator, contudo, diante do disposto no art. 12-E da Lei 9.868/99, é possível aplicar o procedimento previsto para ADI para ADO, no que couber.

A fim de que seja julgada a ação direta, é exigida a presença de 8 (oito) Ministros e para que seja declarada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma é necessário o voto de 6 (seis) Ministros, sendo tal decisão irrecorrível, salvo embargos de declaração, e não passível de ação rescisória. Nesse aspecto, há quem sustente o descabimento de ação rescisória em razão de a decisão proferida não vincular o STF, e, portanto, ação rescisória seria despicienda para se obter a modificação do julgado. Outros entendem que a decisão em sede de controle concreto não produz coisa julgada e, por conseguinte, não há coisa julgada a ser desconstituída através de ação rescisória. Não se pode olvidar, quer se adote uma ou outra corrente, que uma mudança de posição do STF acerca da constitucionalidade de determinada norma exige uma fundamentação percutiente em que o Tribunal esclareça os motivos fáticos ou jurídicos que acarretaram a modificação do entendimento previamente adotado.

O art.28, parágrafo único da Lei 9.868/99 dispõe que a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à

---

<sup>321</sup> *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Editora Del Rey, 3ª edição, 2003, p. 97.

Administração Pública federal, estadual e municipal. Tal norma gerou amplo debate na doutrina acerca da extensão objetiva e subjetiva da vinculação por ela mencionada. Antes de abordar tal problemática, cumpre fazer uma distinção entre os institutos da interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, eis que, apesar de ambos constituírem mecanismos corretivos da atividade legislativa, que permitem a redefinição do conteúdo do texto normativo e sua adaptação à Constituição, como enfatiza LENIO STRECK<sup>322</sup>, o primeiro se presta a declarar a constitucionalidade de uma lei com a interpretação sufragada pelo órgão judicial dentre diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição, enquanto o segundo exclui determinadas hipóteses de aplicação da norma em razão de sua inconstitucionalidade sem alterar o texto legal<sup>323</sup>. A utilização da interpretação conforme acarretará a improcedência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto implicará na procedência parcial do pedido formulado em ADI, observando-se que a interpretação não pode ser de tal sorte descolada da redação da norma que provoque a reformulação de seu texto.

No tocante à eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, insta salientar que, em um momento inicial, foi questionada por alguns juristas a constitucionalidade da norma disposta no art. 28, parágrafo único da lei 9.868/99 em relação a ADI, na medida em que somente uma norma constitucional poderia prever tais efeitos, já que na ação declaratória de constitucionalidade existia previsão expressa nesse sentido na Constituição. Para por fim à celeuma, o Poder Constituinte derivado, ao editar a Emenda Constitucional nº 45/2004, alterou a redação do §2º do art. 102 da Constituição a fim de estender os efeitos supracitados às ações diretas de inconstitucionalidade.

Retomando a controvérsia acerca da extensão do conceito de efeito vinculante, há quem não faça distinção entre efeito *erga omnes* e efeito vinculante. Entretanto, se o legislador emprega as duas expressões no mesmo dispositivo, infere-se a existência de diferença entre os dois institutos, já que constitui regra elementar de interpretação que o legislador não utiliza palavras inúteis. Para LENIO STRECK, enquanto a produção de efeito *erga omnes* na declaração de inconstitucionalidade significa que a decisão produz eficácia contra todos, ou seja, irradia efeitos para todos os possíveis

---

<sup>322</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 745 e 754.

<sup>323</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, Editora Saraiva, 5ª edição, 2007, p. 354-355.

destinatários da norma, de modo que a lei declarada inconstitucional em processo de controle concentrado é eliminada do ordenamento jurídico, o efeito vinculante implica em dever de observância por parte dos demais órgãos judiciais e da Administração Pública à parte dispositiva e também aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>324</sup>. O eminente jurista gaúcho esclarece que os motivos determinantes são os enunciados argumentativos que representam a condição de possibilidade da decisão<sup>325</sup>. Nesse diapasão, importante destacar que o STF, apesar de ter adotado tal tese no julgamento da reclamação nº 1987<sup>326</sup>, passou a refutá-la posteriormente, como se denota de inúmeros julgados em tal sentido<sup>327</sup>. Já ELIVAL DA SILVA RAMOS<sup>328</sup>, sustenta que o efeito vinculante não remete à motivação das decisões de controle abstrato de constitucionalidade, mas tem por objetivo combater a relutância da magistratura em observar as decisões proferidas pelo STF em tal sede, sendo possível extrair obrigação funcional de respeito ao *decisum*, sob pena de responsabilidade administrativa e civil. Por sua vez, MARINONI<sup>329</sup>, defende que as decisões de inconstitucionalidade e constitucionalidade, apesar de produzirem efeitos

---

<sup>324</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 724 e 736.

<sup>325</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 737.

<sup>326</sup> Acórdão publicado no *Diário da União* em 21/05/2004, Relator Min. Maurício Corrêa, órgão julgador: Pleno, Ementa: “Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”.

<sup>327</sup> Rcl nº 5389 AgR, Publicado no *Diário da União* em 19/12/2007, Relatora Min. Carmem Lúcia, órgão julgador: 1ª Turma, ementa: “Agravos regimentais em Reclamação contra decisão que negou seguimento à ação. Inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Ausência de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* da decisão proferida na ação-paradigma. Descabimento da reclamação por alegado desrespeito a outra reclamação. Precedentes. Provimento negado”; Rcl 4454 AgR, acórdão publicado no *Diário da União* em 16/03/2015, Relator Min. Roberto Barroso, órgão julgador: 1ª Turma, ementa: “A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em processos de controle concentrado de constitucionalidade abrange apenas o objeto da ação. Inaplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes”; Rcl 19384 AgR, acórdão publicado no *Diário da União* em 21/06/2016, Relator Min. Roberto Barroso, órgão julgador: 1ª Turma ementa: “Agravos regimentais em reclamação. Regime da lei 8.038/90. Cassação de prefeito municipal. Ausência de identidade estrita entre o objeto e o paradigma. Inaplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes. 1. A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em processos de controle concentrado de constitucionalidade abrange apenas a norma objeto da ação. Inaplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes. 2. Não cabe reclamação por eventual afronta a direito objetivo, a jurisprudência ou a Súmula desprovida de efeitos vinculantes, o que deve ser objeto de ação judicial própria. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”.

<sup>328</sup> *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo II, p. 118-119.

<sup>329</sup> *Efeitos das decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no direito brasileiro*, obtido no sítio eletrônico: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1140-2472.pdf>>, p. 02 e 06. Capeletti e Carnelutti defendem que a jurisdição constitucional não é contenciosa e, portanto, o pronunciamento judicial que não acolhe a inconstitucionalidade não faz coisa julgada (CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 125-126).

contra todos, não são cobertas pelo manto da coisa julgada, pois a coisa julgada se trata de instituto que atribui segurança jurídica às partes de um processo, o que não ocorre em processo objetivo onde sequer existem partes<sup>330</sup>. Para o ilustre processualista, o fato de as decisões do STF produzirem efeito contra todos é o que impede a rediscussão da constitucionalidade da norma, observando que também não é possível propor outra ação de inconstitucionalidade contra a mesma norma com base em fundamento diverso, pois, se todos os fundamentos constitucionais podem ser livremente analisados pela Corte na ação direta, ainda que não explicitados na causa de pedir, não há como aceitar que determinado fundamento não seja considerado como discutido na respectiva ação. Já a decisão de constitucionalidade pode ser objeto de rediscussão na medida em que os fundamentos constitucionais, bem como a sua compreensão podem se modificar com o passar do tempo<sup>331</sup>, no entanto, a faculdade de reanálise da constitucionalidade de determinada norma é conferida com exclusividade ao STF, eis que, diante da vinculação dos demais órgãos do Judiciário às decisões proferidas pela Corte, em sede de controle abstrato, apenas esta pode revogar os seus precedentes. Portanto, para MARINONI eficácia vinculante implica em obediência dos demais órgãos judiciais aos precedentes estabelecidos pelo STF, inclusive aos motivos determinantes de decisão proferida, eis que tal instituto tem por objetivo garantir a coerência e a estabilidade do direito, a confiança legítima e a previsibilidade dos jurisdicionados, sendo permitida apenas ao Supremo a alteração de precedentes estabelecidos em sede de ADC e controle difuso, eis que em ambos os casos a norma não é expurgada do ordenamento jurídico<sup>332</sup>.

No que pertine à extensão subjetiva da eficácia vinculante, deve-se ressaltar que para muitos juristas<sup>333</sup>, a eficácia vinculante não engloba o Poder Legislativo, que

---

<sup>330</sup> Em sentido contrário, Rui Medeiros (*A decisão de inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, 1999, p. 823).

<sup>331</sup> Em sentido análogo, RAMOS, Elival da Silva (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo II, p. 109), para quem é possível posterior declaração de invalidade da norma antes declarada constitucional em ADC, quando alterada significativamente a situação fática ligada a esta ou as concepções jurídicas que serviram de fundamento para a edição da norma, eis que a decisão de procedência em sede de ADC produz coisa julgada material relativa. Nesse aspecto, há que se discordar do ilustre jurista, na medida em que, se há alteração da causa de pedir, trata-se de outra ação, distinta daquela que acarretou a coisa julgada material. Logo, não ocorre a relativização da coisa julgada em tal hipótese.

<sup>332</sup> “Efeitos das decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no direito brasileiro”. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1140-2472.pdf>>, p. 13 e 24.

<sup>333</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 214; STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 726; RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap. II, p. 117; MEDEIROS,

estaria livre para reproduzir norma idêntica à norma já declarada inconstitucional pelo STF. Nesse aspecto, JORGE MIRANDA<sup>334</sup> sustenta que, quando a inconstitucionalidade for material, o poder do qual emanou a norma não pode voltar a editá-la sem que sofra mutação a norma constitucional parâmetro e, quando for formal, não pode voltar a editar a norma sem afastar os vícios que inquinam o ato. No mesmo sentido entende MARINONI<sup>335</sup> para quem somente diante de novas circunstâncias, como a transformação da realidade ou dos valores sociais, se justifica a atuação do legislador, caso contrário, a lei não pode se sobrepor à decisão de inconstitucionalidade. No tocante à própria vinculação do STF às decisões proferidas em sede de ação direta, ZENO VELOSO<sup>336</sup> sustenta que não existe autovinculação e que não seria bom que o Tribunal ficasse acorrentado a uma determinada decisão por ele mesmo tomada, deixando de considerar as transformações políticas, econômicas e outras exigências que impliquem em mutação informal da Constituição. Nesse aspecto, LENIO STRECK<sup>337</sup> salienta que não teria sentido hermenêutico o congelamento de decisões de um Tribunal, no entanto, a não sacramentalização da autovinculação não implica em permissão para que um Tribunal altere cotidianamente seu entendimento. Como já afirmado anteriormente, adotamos o entendimento de que o STF está adstrito às suas próprias decisões por uma questão de integridade do direito, no entanto, tal adstrição não pode ser confundida com a imutabilidade da decisão. A autovinculação exige que a Corte não abandone um entendimento pacificado sobre determinada matéria de modo discricionário, devendo sempre fundamentar específica e pormenorizadamente o porquê da mudança de posicionamento<sup>338</sup>.

A modulação de efeitos no tempo se encontra prevista no art. 27 da lei 9.868/99 e permite ao STF, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito

---

Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, 1999, p. 824; CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 1995, p. 241.

<sup>334</sup> *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*, Tomo VI, 2001, Coimbra Editora, p. 64-65.

<sup>335</sup> “Efeitos das decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no direito brasileiro”, obtido no sítio eletrônico: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1140-2472.pdf>>, p. 30.

<sup>336</sup> *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Editora Del Rey, 3ª edição, 2003, p. 199.

<sup>337</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 737.

<sup>338</sup> Como ocorre no *overruling* norte-americano em que Tribunal reconhece que o entendimento no precedente deve ser alterado ou porque a decisão anterior estava errada ou porque o contexto social se alterou e levou a um novo entendimento.



em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Alguns juristas<sup>339</sup> reputam inconstitucional tal norma por entenderem que, como a inconstitucionalidade se trata de vício congênito, o poder de saneamento parcial de tal vício, conferido ao STF, deveria ser disciplinado através de norma constitucional e não norma infraconstitucional. Outros<sup>340</sup>, no entanto, entendem se tratar de mera flexibilização do dogma da nulidade *ope iuris* (por força do direito) a fim de preservar interesses sociais (leia-se: direitos fundamentais) e a segurança jurídica. Saliente-se que o STF vem admitindo a modulação de efeitos em processos afetos ao controle difuso<sup>341</sup>. A justificativa para a extensão da modulação temporal ao controle difuso residiria na fonte primordial da modulação, que não seria sua previsão legal, mas sim os princípios da nulidade do ato inconstitucional e da segurança jurídica. Portanto, existindo conflito entre tais princípios, cabe ao julgador realizar severo juízo de ponderação, fundado no princípio da proporcionalidade, de modo a verificar se a aplicação do princípio da nulidade pode acarretar grave ameaça à segurança jurídica ou a outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante, caso em que deverá atribuir efeitos *ex nunc* à decisão proferida em sede de controle difuso. Importante verificar se a técnica de modulação temporal poderia ser aplicada por juízes singulares em sede de controle difuso. A resposta parece ser negativa, na medida em que se exige quórum diferenciado para que se estabeleça a modulação temporal de efeitos, o que pressupõe um julgamento colegiado, e também porque, se a modulação visa resguardar a segurança jurídica, a modulação realizada em momento distinto por juízos diferentes geraria decisões

---

<sup>339</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins, “Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade”, *Revista do Advogado*, ano XXIII, novembro de 2003, nº 73, p. 85 e RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, cap.II, item 35, p. 6.

<sup>340</sup> VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Editora Del Rey, 3ª edição, 2003, p. 195; STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 807.

<sup>341</sup> AI nº 627.770 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, órgão julgador: 2ª Turma, acórdão publicado no *Diário da União* em 21/10/2011, ementa: “Tributário. Imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU). Município do Rio de Janeiro. Progressividade. Inconstitucionalidade. Súmula 668/STF. Ambas as Turmas desta Corte vêm decidindo que a progressividade do IPTU do município do Rio de Janeiro antes da EC 29/2000 era inconstitucional. Constitucional. Controle difuso de constitucionalidade. Modulação temporal da declaração incidental de inconstitucionalidade. A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento”; HC nº 133800, Relatora Min. Rosa Weber, acórdão publicado no *Diário da União* em 03/05/2016, Órgão Julgador: 1ª Turma, ementa: “Apesar de admitida pela jurisprudência a modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade, não foi estabelecido qualquer limitador temporal na hipótese. 3. Ordem de habeas corpus concedida”.

conflitantes que acabariam por acarretar insegurança jurídica. Logo, é forçoso reconhecer que aplicação, por analogia, do art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao controle difuso, é autorizada apenas ao Supremo Tribunal Federal. Relewa mencionar que, em tais casos, o julgamento deverá ser realizado pelo Pleno e não por Turma do STF a fim de observar o quórum exigido pelo art. 27 da lei 9.868/98. Para MARINONI, a parte final de tal dispositivo, que dispõe que o STF pode fixar outro momento para que a decisão passe a produzir efeitos, permite ao Tribunal que atribua à decisão de inconstitucionalidade o efeito de retroagir sobre a coisa julgada, em casos excepcionais nos quais imperativos de justiça justifiquem o afastamento da decisão transitada em julgado<sup>342</sup>.

### 6.2.3 A regulamentação da ADPF pela Lei 9.882/99

A ADPF se trata de tipo *sui generis* de controle de constitucionalidade, na medida em que pode ser suscitado diretamente perante o STF, tem eficácia contra todos e efeito vinculante para todos os órgãos públicos<sup>343</sup>, o que denota se tratar de controle concentrado, mas também pode ser suscitado no bojo de qualquer ação judicial (arguição incidental<sup>344</sup>), o que indica possuir traços de controle difuso de

---

<sup>342</sup> Nesse sentido também é o entendimento de MARINONI, “A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos”, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 70, Editora Magister, jan/fev 2016, p. 32.

<sup>343</sup> Nesse aspecto, Elival da Silva Ramos (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo II, seção II, p. 36), Cibele Fernandes Dias e Clémerson Merlin Cléve (“Hermenêutica e jurisdição constitucional”, *Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Editora Del Rey, 2001, p. 6) e Lenio Streck (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 683) sustentam que a decisão em ADPF não vincula o Poder Legislativo, ao passo que Dirley da Cunha Júnior sustenta posicionamento contrário (*Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Jus Podivm, 4ª edição, p. 312).

<sup>344</sup> No que tange à arguição incidental, ELIVAL DA SILVA RAMOS sustenta não ser possível utilizar tal instrumento como sucedâneo de incidente de constitucionalidade, na medida em que tal decisão teria efeito *erga omnes*, o que não é possível em sede de controle incidental, e afirma ainda que tal efeito somente poderia ser fixado em texto expresso da Carta Magna, e não através de norma infraconstitucional conformadora. Para o referido autor a arguição incidental deve ser tida como meio mais ágil e abrangente de adequação de interpretação judicial aos ditames dos preceitos fundamentais da Constituição (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo II, seção II, p. 37-38).

constitucionalidade. A ADPF configura, portanto, modalidade de integração entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado perante o STF<sup>345</sup>.

A ADPF tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, no entanto, a doutrina não chegou a um consenso acerca do que constituiria os preceitos fundamentais da Constituição. Para GILMAR MENDES, não se pode negar que em tal conceito se incluem os direitos e garantias fundamentais, os princípios protegidos pela cláusula pétrea disposta no art. 60, §4º da Constituição e os princípios sensíveis contidos no art. 34, VII, da Constituição, cuja violação pode acarretar a intervenção federal nos Estados<sup>346</sup>. Já JOSÉ AFONSO DA SILVA define os preceitos fundamentais como todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais, o que constitui conceito mais abrangente do que o de princípios fundamentais<sup>347</sup>. DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR entende por preceito fundamental as normas que constituem o núcleo central da Constituição, ou seja, as normas constitucionais que servem de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado<sup>348</sup>. Considerando que a ADPF visa não só reparar lesão a preceito fundamental, mas a evitá-la, se denota que possui finalidade preventiva. Como o STF não admite fiscalização preventiva de constitucionalidade, a arguição neste caso não poderá ter por objeto projeto de lei ou proposta de emenda constitucional<sup>349</sup>, mas pode servir para que o STF fixe as condições, modo de interpretação e aplicação de preceito fundamental em sede de arguição incidental, evitando, assim, a lesão a preceito fundamental.

---

<sup>345</sup> Conforme voto do Min. Gilmar Mendes, relator, no julgamento da ADPF nº 33, cujo acórdão foi publicado no *Diário da União* em 27/10/2006.

<sup>346</sup> Julgamento da medida cautelar na ADPF nº 33, Relator Min. Gilmar Mendes, acórdão publicado no *Diário da União* em 06/08/2004, Ementa: “Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade”.

<sup>347</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, Editora Malheiros, 18ª edição, 2000, p. 561.

<sup>348</sup> *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Jus Podivm, 4ª edição, p. 280.

<sup>349</sup> Gilmar Mendes defende a possibilidade de se impugnar a constitucionalidade de proposta de emenda constitucional por via de arguição (*Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 1287). Em sentido contrário decidiu o Pleno do STF na ADPF nº 43, Relator Min. Carlos Ayres Britto, publicada no *Diário da União* em 19/12/2013, ementa: “A proposta de emenda à constituição não se insere na condição de ato do Poder Público pronto e acabado, porque ainda não ultimado o seu ciclo de formação. Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio a completar o sistema de controle objetivo de constitucionalidade. Assim, a impugnação de ato com tramitação ainda em aberto possui nítida feição de controle preventivo e abstrato de constitucionalidade, o qual não encontra suporte em norma constitucional-positiva”.

A ADPF proporcionou avanços em relação à esfera do controle de constitucionalidade por ter alargado seu âmbito de atuação, na medida em que possibilita a verificação da compatibilidade ou não da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente (art.1º, parágrafo único, I), bem como constitui mecanismo de controle de qualquer ato ou omissão<sup>350</sup> do Poder Público, normativo ou não, emanado da esfera federal, estadual ou municipal, e proveniente de qualquer entidade, seja esta pertencente ao Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário<sup>351</sup>. Verifica-se, portanto, que se inclui como objeto da referida ação os atos normativos infralegais, bem como os atos judiciais, desde que não alcançados pelos efeitos imunizadores da coisa julgada<sup>352</sup>. Note-se, no entanto, que a ADPF possui caráter subsidiário conforme dispõe o art. 4º, §1º da Lei 9.882/99, ou seja, constitui remédio supletivo para os casos em que não seja possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade<sup>353</sup>. Nesse aspecto, cumpre destacar que o STF reconheceu a

---

<sup>350</sup> Conforme julgamento na ADPF nº 378, Relator para acórdão Min. Luis Roberto Barroso, acórdão publicado no *Diário da União* em 07/03/2016, ementa: “Cabimento da ADPF e das medidas cautelares incidentais 1. A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. A ação é cabível, mesmo se considerarmos que requer, indiretamente, a declaração de inconstitucionalidade de norma posterior à Constituição e que pretende superar omissão parcial inconstitucional”. Em sentido contrário, Elival da Silva Ramos, que entende não ser possível a interpretação extensiva do art. 1º para abarcar omissão estatal, pois não é viável converter a ADPF em instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade atinente a hipóteses não previstas pelo Poder Constituinte (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo II, seção II, p. 36).

<sup>351</sup> Em julgamento da ADPF nº 01, Relator Min. Néri da Silveira, acórdão publicado no *Diário da União* em 07/11/2003, o veto por parte do Poder Executivo a projeto de lei não foi considerado como ato passível de controle em sede de ADPF, conforme ementa que se transcreve: “No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de ‘ato do Poder Público’, para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado”.

<sup>352</sup> O §3º do art. 5º da Lei 9.882/99 não permite que a liminar implique em suspensão de decisão judicial transitada em julgado. Portanto, também não pode a decisão definitiva acarretar ofensa à coisa julgada.

<sup>353</sup> ADPF nº 33, Relator Min. Gilmar Mendes, acórdão publicado no *Diário da União* em 27/10/2006, Ementa: “Cláusula da subsidiariedade ou do esgotamento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental”, ADPF nº 323, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada no *Diário da União* em 19/10/2016: “Diante da inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata [...]. Dessa forma, o Supremo Tribunal

existência de fungibilidade entre ADPF e Adin como meio de economia processual, desde que preenchidos os requisitos necessários para a propositura de Adin<sup>354</sup>. Há quem sustente que a regra da subsidiariedade somente se aplicaria à modalidade de arguição incidental, pois é a arguição de descumprimento de preceito fundamental que afasta, em princípio, o cabimento de qualquer outra ação, quando houver ofensa a preceitos fundamentais, eis que ocupa posição de principalidade no sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade<sup>355</sup>. No entanto, se trata de posição minoritária na doutrina.

Os legitimados ativos são os mesmos legitimados para propor Adin, conforme dispõe o art. 2, I, da lei 9.882/99, no entanto, DIRELY CINHA JUNIOR sustenta que, no caso de arguição incidental, as partes envolvidas na controvérsia judicial também teriam legitimidade para tanto<sup>356</sup>, entendimento que não foi albergado pelo STF<sup>357</sup>.

No que atine à possibilidade de se ajuizar ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I da Lei 9.882/99), ALEXANDRE DE MORAES sustenta a inconstitucionalidade de tal disposição legal, eis que para o referido autor em tal caso não se exige o descumprimento de preceito fundamental e se trata de hipótese em que o legislador ordinário pretendeu ampliar a competência do STF, o que somente poderia ser realizado através de norma

---

poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica estiver seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade”.

<sup>354</sup> ADPF nº 72, Relatora Min. Ellen Gracie, acórdão publicado no *Diário da União* em 02/12/2005, ementa: “O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação”.

<sup>355</sup> DA CUNHA, Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Jus Podivm, 4ª edição, p. 323.

<sup>356</sup> *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 318.

<sup>357</sup> Conforme ADPF nº 11, Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes, acórdão publicado em 05/08/2005; ADPF nº 38, Relator Min. Gilmar Mendes, acórdão publicado em 21/03/2003; e ADPF nº 75, Relator Min. Ricardo Lewandowski, acórdão publicado em 02/06/2006, ementa: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Idênticos legitimados para a propositura de ação direta. Rol exaustivo. Dicção do art. 2º, i, da lei 9.882/99 c/c o art. 103 da CF. Não-conhecimento. Interposição de agravo regimental. Recurso não provido. I - Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da constituição da república, nos termos do disposto no art. 2º, i, da lei nº 9.882/99. II - Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na constituição federal. III - Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF. IV - Recurso de agravo improvido”.

constitucional<sup>358</sup>. Na esteira de tal pensamento, ELIVAL DA SILVA RAMOS entende que, se na disciplina dos instrumentos de controle abstrato de normas o Constituinte rejeitou a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais ou de leis pré-constitucionais em face da Constituição da República, não pode o legislador ordinário contornar tal óbice ao regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, devendo tais hipóteses vir previstas em expressa disposição constitucional<sup>359</sup>. Nesse diapasão, não se pode deixar de mencionar a propositura de Adin contra a referida norma, que conta com o voto favorável do relator, Min. Néri da Silveira, proferido em 2001, e cuja decisão liminar ainda se encontra pendente de julgamento desde 2004 em razão de pedido de vista realizado pelo então Min. Sepúlveda Pertence<sup>360</sup>. Já LENIO STRECK entende não haver a inconstitucionalidade citada por Moraes, devendo ser dada interpretação conforme à Constituição ao inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99. Logo, para que seja possível a propositura de ADPF em tal hipótese, deve existir controvérsia acerca de descumprimento de preceito fundamental acarretado por norma municipal, estadual ou federal, inclusive anteriores à Constituição<sup>361</sup>. Destaque-se que a controvérsia constitucional deve ser relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada<sup>362</sup> e causar insegurança jurídica de tal monta que seja recomendável a resolução imediata do conflito, cabendo ao STF decidir quais as controvérsias relevantes serão decididas pela Corte.

A Lei 9.882/99 prevê ainda, em seu art. 5º, a possibilidade de concessão de liminar em sede de ADPF, por maioria absoluta dos membros do STF ou, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, pode o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. A medida liminar pode consistir em suspensão do andamento de processos determinada pelo Supremo, o que para LENIO STRECK constitui tentativa de se instituir o controle de constitucionalidade *per saltum*, com natureza de advocatória, incompatível com o Estado democrático de direito em razão de constituir ofensa ao princípio do devido processo legal<sup>363</sup>.

---

<sup>358</sup> DE MORAES, Alexandre, *Direito constitucional*, Editora Atlas, 11ª edição, 2002, p. 646.

<sup>359</sup> *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2009, versão digital, capítulo II, seção II, p. 33-34.

<sup>360</sup> Adin nº 2231

<sup>361</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 905.

<sup>362</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 1270.

<sup>363</sup> *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 913.

Em sentido distinto, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, defende que a competência do Supremo se limita a decidir as questões constitucionais, desde que provocado, repartindo-se o julgamento do caso concreto de modo que a resolução final da demanda caberá ao juiz ou tribunal onde foi instaurada, que deverá naturalmente acatar a deliberação do STF proferida na respectiva ADPF<sup>364</sup>.

De fato, tal previsão não se confunde com o instituto da avocatória, previsto na Emenda Constitucional nº 07/1977, que permitia ao Procurador-Geral da República requerer, quando houvesse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, que o STF suspendesse os efeitos da decisão proferida nas causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais a fim de que conhecesse integralmente a lide, já que a decisão do STF se circunscreve à questão constitucional controvertida no processo. Ademais, como se denota da jurisprudência do STF, as decisões liminares de suspensão de processos vêm ocorrendo em âmbito de controle principal a fim de evitar que uma interpretação equivocada sobre determinada norma constitucional se torne imutável em virtude dos efeitos da coisa julgada. A título de exemplo, na ADPF nº 54 foi determinado o sobrestamento dos processos através de decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio *ad referendum* do Plenário<sup>365</sup>. Para CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, a suspensão dos processos nada mais significa do que atribuir efeito vinculante em sede de medida cautelar<sup>366</sup>.

Em sede doutrinária, GILMAR MENDES assevera que a liminar impede a consolidação de situações contrárias à possível decisão definitiva do STF e se trata de instrumento de economia processual e de uniformização de jurisprudência<sup>367</sup>. Já no julgamento da ADPF nº 323<sup>368</sup>, a suspensão dos processos foi considerada pelo Min. Gilmar Mendes como medida extrema que deve ser adotada apenas em circunstâncias especiais, e somente alcança os processos não cobertos pelo manto da coisa julgada,

---

<sup>364</sup> *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Editora Jus Podivm, 4ª edição, p. 315.

<sup>365</sup> Decisão liminar proferida pelo relator, Min. Marco Aurélio, em período de recesso do STF, publicada no *Diário da União* em 02/08/2004, que determinou o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também reconheceu o direito de aborto, em caso de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a anomalia que atingiu o feto. A decisão foi posteriormente referendada, em parte, pelo Plenário no sentido de manter o sobrestamento dos processos e decisões não transitados em julgado, revogando-se a liminar na parte em que reconhecia o direito das gestantes de submeterem-se, sem a glosa penal, à operação terapêutica de fetos anencefálicos, conforme publicado no *Diário da União* em 14/08/2008.

<sup>366</sup> E Cibele Fernandes Dias, “Hermenêutica e jurisdição constitucional”, *Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Editora Del Rey, 2001, p. 3.

<sup>367</sup> *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 1303.

<sup>368</sup> Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada no *Diário da União* em 19/10/2016.

na forma do art. 5º, §3º da Lei 9.882/99, conforme decisão colegiada proferida na ADPF nº 79<sup>369</sup>.

Apesar de não haver previsão na Lei 8.992/99, o STF vem admitindo a participação de *amicus curiae*<sup>370</sup> em sede de ADPF<sup>371</sup>, aplicando nesse aspecto analogicamente o disposto na Lei 9.868/99, que trata do controle abstrato de constitucionalidade. Tal entendimento, contudo, não abarca a intervenção de terceiros diante da natureza objetiva do processo, pois, se não há discussão de interesses subjetivos em sede de ADPF, não há interesse jurídico de terceiros no resultado da demanda. Note-se que o *amicus curiae*, ainda que possa deter interesse no deslinde do caso, não age em defesa de proveito próprio, mas como mero colaborador, que fornece subsídios ao Supremo a fim de contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. Por conseguinte, como o *amicus curiae* não possui interesse subjetivo processual, o STF não admite recurso contra a decisão denegatória de participação do solicitante no processo objetivo de controle de constitucionalidade<sup>372</sup>.

No tocante à modulação de efeitos, o art. 11 da Lei 9.882/99 permite que o STF, diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restrinja os efeitos da declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou outro momento que

---

<sup>369</sup> Julgamento de recurso contra decisão liminar proferida na ADPF nº 79, acórdão publicado no *Diário da União* em 17/08/2007, Min. Relator Cezar Peluso, ementa: “1. Recurso. Agravo regimental. Interposição contra decisão liminar sujeita a referendo. Admissibilidade. Interesse recursal reconhecido. Agravo conhecido. Votos vencidos. É admissível agravo regimental contra decisão monocrática sujeita a referendo do órgão colegiado. 2. Ação ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por lei superveniente. Exclusão da eficácia da liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. Aplicação do art. 5º, § 3º, in fine, da Lei federal nº 9.882/99. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente”.

<sup>370</sup> A figura do *amicus curiae* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.868/99, que prevê em seu art. 7º, §2º que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Trata-se de mecanismo de abertura do Supremo Tribunal Federal à participação popular na atividade de interpretação e aplicação da Constituição, possibilitando que órgãos e entidades colaborem na elucidação do conteúdo e abrangência das normas constitucionais.

<sup>371</sup> Decisão proferida na ADPF nº 378, Relator Min. Edson Fachin, publicada no *Diário da União* em 15/12/2015: “Ainda que não haja previsão expressa na Lei 9.882/1999 sobre a admissão de *amicus curiae*, este Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado sobre a aplicação analógica e subsidiária do disposto na art. 7º, §2º da Lei 9.868/1999 para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nesse sentido, ADPF 70 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.6.2005), ADPF 183 (Relator Min. Carlos Britto, DJE 7.12.2009) e ADPF 205 (Rel. Min. Dias Toffoli, DJE 24.2.2011)”

<sup>372</sup> ADI 3460, Rel. Min. Teori Zavaski, publicado o acórdão no *Diário da União* em 12/03/2015, órgão julgador: pleno.



venha a ser fixado. Observe-se que tal disposição legal poderá permitir a modulação de efeitos no caso de lei não novada pela Constituição vigente, já que o STF não admite tal modulação em sede de Recurso Extraordinário<sup>373</sup>. Cumpre salientar que o art. 12 da Lei 9.882/99 veda o ajuizamento de ação rescisória contra a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nesse aspecto, CLÉMERSON MERLIN CLEVE sustenta que tal dispositivo visa não engessar de modo definitivo a jurisprudência do STF, na medida em que, em sede de controle abstrato, o STF não está vinculado a julgado anterior sobre a mesma norma, diferentemente do julgamento em concreto, que é sempre imutável e, portanto, passível de alteração apenas através de ação rescisória<sup>374</sup>. Da análise da jurisprudência do STF sobre a arguição de preceito fundamental se verifica que, apesar de no julgamento da ADPF nº 33 restar assentado que a pendência de Adin sobre as normas constantes da Lei 9.882/99 não obstaculizaria o julgamento de ações de tal espécie, o STF não tem proferido muitas decisões de mérito em sede do novel instituto, mantendo-se o protagonismo das ações diretas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

### **6.3 Análise crítica das alterações realizadas no sistema de controle de constitucionalidade após a promulgação da Carta de 1988**

Inicialmente cumpre destacar que, ao se instituir o controle difuso no século XIX, adotando-se o modelo norte-americano no que fosse compatível com o *civil law*, não se atentou para o fato de que a aplicação do *judicial review* sem a existência do mecanismo do *stare decisis* poderia acarretar a proliferação de decisões desconexas e discrepantes pelos diversos órgãos judiciais, lesionando assim o princípio da segurança jurídica, da isonomia e da proteção da confiança<sup>375</sup>. Nesse sentido, ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA destaca que, como no *common law* as

---

<sup>373</sup> RE nº 430.421, Relator Min. Cezar Peluso, publicado no *Diário da União* em 04/02/2005, órgão julgador: 1ª Turma, ementa: “Declaração de inconstitucionalidade. Controle difuso. Efeito *ex nunc*. Inadmissibilidade. Não se aplica o efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em processo de controle difuso”, RE nº 395.654, Relator Min. Carlos Britto, publicado no *Diário da União* em 09/12/2005, órgão julgador: 1ª Turma.

<sup>374</sup> E Cibele Fernandes Dias, “Hermenêutica e jurisdição constitucional”, *Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Editora Del Rey, 2001, p. 5.

<sup>375</sup> *Precedentes Judiciais e segurança jurídica - fundamentos e possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira*, Editora Saraiva, 2014, p. 32-33.

decisões devem partir de seus precedentes, presume-se uma maior coerência, equidade e segurança nas decisões judiciais desse sistema, na medida em que a doutrina do *stare decisis* exige um compromisso com as decisões passadas. Mesmo em caso de superação do precedente por *overruling* ou *distinguishing*, deverá o juiz partir de decisões anteriores e justificar o motivo de sua não aplicação. Como bem adverte CAPELETTI<sup>376</sup>, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia ser aplicada por outros, porque não julgada em contraste com a Constituição, o que poderia formar verdadeiros “contrastes de tendência” entre órgãos judiciários diversos, que teria como consequência extremamente perigosa uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito.

Tendo em vista que a Constituição de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito e que o conceito deste implica em um Estado interventor, que atua como agente transformador da realidade social, a quem incumbe a implementação de políticas públicas de modo a tornar efetivos os preceitos constitucionais, é natural que haja uma grande cobrança da sociedade em ver os direitos constantes da Constituição concretizados, mormente diante da disparidade entre a realidade social e o rol de direitos contemplados na Carta Magna. O abismo existente entre os direitos fundamentais previstos no texto constitucional e os direitos concretizados acarreta o ajuizamento de milhares de demandas em que se busca a observância da Constituição, precipuamente a fim de tornar efetivos os direitos sociais nela previstos.

Esse fluxo de ações ajuizadas nos mais variados juízos, espalhados pelo vasto território brasileiro, acarreta decisões heterogêneas, em que uma situação idêntica é tratada de modo diferenciado sem motivos jurídicos para tal distinção. A existência de princípios constitucionais com elevado grau de abstração, que demandam mediações concretizadoras por parte do intérprete, fomenta a prática de arbitrariedades interpretativas e decisionismos judiciais, o que afeta a força normativa da Constituição. Como bem observa ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA<sup>377</sup>, a falta de exigência de uniformidade em decisões judiciais na Constituição de 1988 implicou em uma profusão de decisões das mais diversas, tanto no âmbito de um mesmo

---

<sup>376</sup> Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 78-79.

<sup>377</sup> *Precedentes Judiciais e segurança jurídica - fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*, Editora Saraiva, 2014, p. 34.

Tribunal, como no âmbito de Tribunais Inferiores em relação aos Tribunais Superiores, causando insegurança jurídica.

Além da discrepância de decisões, a falta de vinculação dos órgãos judiciais às decisões proferidas em sede de controle difuso pelo STF implica em grande volume de processos, eis que a possibilidade de se obter uma decisão em sentido distinto ao entendimento do Supremo lança as partes muitas vezes em aventuras jurídicas que não seriam viáveis, caso existisse a eficácia vinculativa.

Em termos de volume de trabalho podemos citar, a título de comparação, a Suprema Corte Americana, já que nos Estados Unidos também se adota o controle difuso de constitucionalidade. A referida Corte recebe cerca de 7 (sete) a 8 (oito) mil processos por ano e deste universo apenas aproximadamente 80 (oitenta) são levados a revisão em plenário, oportunidade em que os advogados podem se manifestar oralmente, e outros 100 (cem) são julgados fora de plenário<sup>378</sup>. Note-se que o diminuto número de casos julgados por ano se deve ao fato de a Suprema Corte norte-americana deter poder discricionário para definir quais causas possuem relevância e por ela serão julgadas<sup>379</sup>. Já no Brasil, em 2016, foram proferidas 14.529 decisões monocráticas e 102.565 acórdãos em sede controle abstrato, difuso e outras competências, o que totaliza 117.094 acórdãos/decisões monocráticas. A discrepância numérica de julgados demonstra o porquê da necessidade de se buscar a racionalização da prestação jurisdicional constitucional no Brasil, precipuamente junto ao STF, de modo a diminuir a carga de trabalho da citada corte, observando que esta não possui atuação exclusivamente focada no controle de constitucionalidade, pois detém outras competências, inclusive em matéria criminal.

Depreende-se das modificações introduzidas em sede de controle de constitucionalidade uma tendência do Poder Legislativo em atribuir efeito vinculante às decisões do STF, concentrando neste a competência para controlar a constitucionalidade das normas. Tal mecanismo é adotado de forma a assegurar a isonomia e a segurança jurídica, e assim assegurar a integridade do direito, muitas vezes massacrada em virtude de decisões divergentes e contraditórias proferidas por diferentes órgãos judiciais em sede de controle difuso de constitucionalidade. É o que a

---

<sup>378</sup> Dados colhidos no sítio eletrônico: <<https://www.supremecourt.gov/about/justicescaseload.aspx>>.

<sup>379</sup> A petição dirigida à Suprema Corte que requer a revisão da decisão proferida por uma Corte inferior se denomina *writ of certiorari*.

doutrina denomina de eficácia vertical dos precedentes<sup>380</sup>. Alguns juristas<sup>381</sup> identificam uma aproximação dos efeitos da decisão proferida no controle difuso ao que se verifica no controle concentrado, já que, havendo edição de enunciado de súmula vinculante, a decisão que anteriormente operava efeito *inter partes* passa a produzir efeito *erga omnes*<sup>382</sup> e também porque o recurso extraordinário passa a ter como requisito de admissibilidade a repercussão geral, que exige a transcendência dos interesses subjetivos das partes no caso concreto, de modo que a defesa destes constitua também instrumento de proteção ampla e genérica da normalidade constitucional no que atine a questões econômicas, políticas, sociais ou jurídicas.

Também se verifica que as leis ordinárias que alteraram o Código de Processo Civil de 1973 e, posteriormente, foram incorporadas com algumas modificações ao CPC de 2015, aumentam paulatinamente os poderes do relator, afastando inclusive a necessidade de decisão colegiada para julgamento do mérito recursal quando houver precedente do STF estabelecido em súmula, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o que reforça a valorização dos precedentes pelo Legislador<sup>383</sup>.

Importante abrir um parêntese para distinguir precedente e jurisprudência, eis que existe uma diferença quantitativa entre ambos. Para tanto nos utilizamos dos ensinamentos do insigne processualista ALEXANDRE FREITAS CÂMARA<sup>384</sup>, que define precedente como pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior, podendo ser vinculante ou meramente persuasivo, enquanto jurisprudência

---

<sup>380</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “Efeitos das decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no direito brasileiro”, obtido no sítio eletrônico: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1140-2472.pdf>>.

<sup>381</sup> DELLORE, Luiz, *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, Editora Forense, 2013, p. 348, FERRAZ, Ana Cunha; DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, “A repercussão geral e a objetivação do controle concreto”, *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil*, Coordenação: Elival da Silva Ramos e Carlos Blanco de Moraes, Almedina, 2012, p. 193; TAVARES, André Ramos, *Reforma do Judiciário pós-88*, Editora Saraiva, 2005, p. 123.

<sup>382</sup> Destaque-se o entendimento de Gilmar Mendes, já exposto no tópico 3.2.3, em que sustenta que a decisão proferida em sede de controle difuso pode apresentar efeito erga omnes independentemente da edição de Resolução do Senado suspendendo sua execução.

<sup>383</sup> O art. 932, IV do CPC dispõe o relator negará provimento ao recurso que contrariar súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, bem como dará provimento ao recurso caso a decisão recorrida contrarie tais preceitos.

<sup>384</sup> *O novo processo civil brasileiro*, Editora Atlas, 2015, 1ª edição, p. 425-426.

se trata do conjunto de decisões judiciais proferidas pelos tribunais sobre uma determinada matéria e em um mesmo sentido.

Enquanto o sistema de precedentes judiciais brasileiro busca assegurar a isonomia de tratamento e a previsibilidade das decisões judiciais (segurança jurídica e proteção da confiança), a jurisprudência serve de base para a uniformização de entendimento sobre determinados temas, assegurando a coerência das decisões judiciais.

Note-se que no art. 926 do CPC o legislador exorta os tribunais a uniformizar sua jurisprudência e a mantê-la estável, íntegra e coerente, ao passo que no art. 927 dispõe que os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Naturalmente, somente as três primeiras hipóteses apresentam eficácia vinculante, eis que o legislador não atribuiu tal efeito expressamente<sup>385</sup> às demais, que apresentam eficácia meramente persuasiva, contudo, a norma processual indica que os magistrados e os Tribunais não podem ignorar os precedentes não vinculantes ou os enunciados sumulares, atribuindo aqueles o ônus de argumentar em sua decisão o porquê da não utilização do precedente ou verbete sumular. Considerando o pouco tempo de vigência do CPC/2015 - entrou em vigor em março de 2016 – ainda não é possível observar os resultados decorrentes da mudança de paradigma que o legislador processual pretendeu implantar<sup>386</sup>.

Não se pode olvidar que, diante da mudança do modelo de condução e julgamento dos processos, se faz necessária também uma mudança na metodologia adotada pelas Cortes brasileiras no que atine a deliberação e fundamentação de suas decisões, pois, como bem observado por Alexandre Câmara<sup>387</sup>, nos colegiados

---

<sup>385</sup> A eficácia vinculante das decisões proferidas em controle de constitucionalidade consta do art. 102, §2º da Constituição, dos enunciados da súmula vinculante consta do art. 103-A da Constituição, dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência consta do art. 947, §3º do CPC e dos acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas no art. 985 do CPC e os acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos no art. 1.040 do CPC.

<sup>386</sup> A mudança de paradigma constitui em mitigar o princípio do livre convencimento motivado do juiz ao se dar maior prevalência aos precedentes das Cortes Superiores.

<sup>387</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, Editora Atlas, 2015, 1ª edição, p. 440.

brasileiros os julgamentos se dão por adesão à conclusão e não à fundamentação, ou seja, o relator apresenta um voto escrito e os demais aderem ou não à conclusão do relator, muitas vezes com fundamentos distintos dos utilizados por este. Nesse aspecto, MARINONI destaca que não há qualquer racionalidade em decidir antes de deliberar<sup>388</sup>. Como a eficácia vinculante exige que, em um novo caso idêntico ao anterior, a nova decisão seja baseada nos mesmos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), ou seja, nos fundamentos essenciais da decisão colegiada que tenham sido expressamente acolhidos pela maioria e que tenham sido objeto de contraditório, é necessário que a partir do advento do CPC/2015, os órgãos colegiados passem a verificar quais os fundamentos terão sido acolhidos por maioria, já que estes serão os fundamentos determinantes que terão eficácia vinculante.

Passando à análise estatística de processos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal, se depreende que atualmente o acervo da Corte é composto de 58.821 processos, sendo 15.895 de competência originária e 42.926 de competência recursal. A competência recursal do STF abrange além dos recursos extraordinários que somam 12.463, os recursos extraordinários com agravo (28.600) e os agravos de instrumento (1.863). Os processos de controle concentrado, que se inserem na competência originária da Corte, somam o total de 2.226, sendo a via mais utilizada a ADI (1.970 processos), seguida de longe pela ADPF (216), ADC (20) e ADO (20)<sup>389</sup>.

No tocante ao Recurso Extraordinário, conforme dados divulgados pelo STF em seu sítio eletrônico<sup>390</sup>, em 1990, foram distribuídos 10.780 recursos extraordinários, número que se elevou em 2006 para 54.575. Após ser introduzida a exigência de repercussão geral, houve considerável diminuição de recursos interpostos perante a Corte, já que em 2008 foram interpostos apenas 21.531 recursos extraordinários e em 2016 foram interpostos 8.531. Note-se que os recursos extraordinários correspondiam em 2006 a 46,96% dos processos distribuídos perante o STF, em 2008 a 32,20%, e atualmente correspondem a 18,53%.

---

<sup>388</sup> “A função das Cortes Supremas e o novo CPC”, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, nº 65, mar-abr 2015, p. 20.

<sup>389</sup> Informações obtidas em 24/03/2016 no sítio eletrônico do STF: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual)>.

<sup>390</sup> <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores)>.

Contudo, o número de agravos em recurso extraordinário distribuídos perante o STF aumentou consideravelmente entre 2011 e 2016<sup>391</sup>, eis que em 2011 apenas 8.661 agravos foram interpostos, ao passo em que em 2016 foram interpostos 37.006. Nesse aspecto, cumpre observar que o agravo é cabível contra a decisão do Presidente ou relator que negar seguimento a recurso extraordinário por falta de requisitos formais ou em razão de a matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, como dispõe o art. 327 do RISTF. Com o passar do tempo é possível que o número de agravos de instrumento em RE diminua, na medida em que já haverá jurisprudência consolidada em diversas matérias acerca da existência ou não de repercussão geral, o que poderá servir de desestímulo à parte recorrente.

Verifica-se da análise estatística relativa ao recurso extraordinário que a repercussão geral apresentou eficácia no que atine ao objetivo de desafogar o Supremo Tribunal Federal diante do decréscimo considerável de recursos interpostos desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45.

Já a ADC, regulamentada em 1999, teve tímida utilização, pois sequer atingiu o número de 50 ações<sup>392</sup>, o que demonstra que a previsão de MARCELO FIGUEIREDO<sup>393</sup> no sentido de que a ADC provocaria o esvaziamento da via indireta estava equivocada.

No mesmo caminho a ADO, regulamentada em 2009, eis que sequer foram ajuizadas 40 ações de inconstitucionalidade por omissão<sup>394</sup>, estando pendentes de julgamento 18 demandas. A acanhada utilização do referido instrumento de controle abstrato pode ser atribuída à falta de sanção ao Poder omissor pela não observância do dever de agir cuja declaração é proferida pelo STF em tal sede.

A ADPF, também regulamentada em 1999, foi um pouco mais utilizada que a ADC e ADO, já que ajuizadas pouco mais de 440 arguições até o momento, sendo que 166 se encontram pendentes de julgamento<sup>395</sup>.

O carro chefe do controle concentrado continua sendo a ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que já foram ajuizadas mais de 5670 ações perante o Supremo, estando 1726 pendentes de julgamento<sup>396</sup>. No entanto, cumpre

---

<sup>391</sup> <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores)> (o portal indica apenas os agravos interpostos a partir de 2011).

<sup>392</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adc>>.

<sup>393</sup> “A ação declaratória de constitucionalidade - inovação infeliz e inconstitucional”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 39, p.77-104, jan. 1993, p. 96.

<sup>394</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado>>.

<sup>395</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>.

<sup>396</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>.

observar que dentre os processos existentes no STF menos de 5% se referem ao controle de constitucionalidade em abstrato, razão pela qual a utilização da súmula vinculante para pacificar controvérsias existentes em sede de controle difuso se mostra de curial importância para reduzir o número de processos que chegam ao Supremo.

No que atine à súmula vinculante, até o momento foram editados 56 verbetes, sendo três editados em 2007, dez editados em 2008, 14 editados em 2009, três editados em 2010, um editado em 2011, nenhum editado em 2012 e 2013, quatro editados em 2014, 16 editados em 2015 e três em 2016. Percebe-se que o STF não atua com constância na edição de enunciados vinculantes e que chegou a ficar dois anos sem editar qualquer enunciado. Certamente tal fato não se deve à falta de questões controvertidas que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Note-se que, como afirmado por GILMAR MENDES<sup>397</sup>, a súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise da Corte e dos demais órgãos judiciais, se não decorrer muito tempo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Portanto, cabe ao STF editar enunciados vinculantes com mais constância a fim de que a súmula vinculante pacifique as controvérsias em tempo social e politicamente satisfatórios. Diante da moderada atuação do STF nesse aspecto, a súmula vinculante ainda não demonstrou seu potencial em reduzir as contendas em sede de jurisdição constitucional.

Denota-se das mudanças legislativas empreendidas desde o advento da Constituição de 1988 que as mais significativas, em termos de racionalização da prestação jurisdicional, foram: (i) a criação de mecanismo hábil a tornar os julgados proferidos em controle difuso de constitucionalidade aplicáveis a todos (efeito *erga omnes*) e com eficácia vinculante, corrigindo assim o problema da incerteza e da falta de isonomia gerados pela importação fragmentada – sem utilização do princípio do *stare decisis* - do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade. No entanto, a súmula vinculante precisa ser produzida com mais frequência para produzir o desejado efeito de desafogar os Tribunais; (ii) o estabelecimento de eficácia vinculante aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário repetitivos, o que também combaterá a incerteza jurídica e contribuirá para diminuir os

---

<sup>397</sup> *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 996.



recursos interpostos perante o STF; (iii) a exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, que permite ao STF se concentrar em questões constitucionais de maior relevância (questões expressivas do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo) e também acarreta a redução de sua carga processual, na medida em que a decisão denegatória de repercussão geral produz efeitos *ultra partes*, atingindo os demais recursos interpostos.

Além das medidas legislativas já adotadas, urge que seja editada emenda constitucional a fim de alterar o art. 102, I, *b, c, d e i*, que estabelece o denominado foro por prerrogativa de função<sup>398</sup>, ou seja, confere competência ao STF para julgar as infrações penais comuns alegadamente cometidas pelo Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, por seus próprios Ministros e pelo Procurador-Geral da República; as infrações penais comuns e os crimes de responsabilidade alegadamente cometidos por Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, por membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e por chefes de missão diplomática de caráter permanente; o habeas corpus, quando o paciente for qualquer das pessoas referidas anteriormente; e o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. A manutenção do foro por prerrogativa de função além de causar retardo no julgamento dos processos criminais<sup>399</sup> e muitas vezes a prescrição da pretensão punitiva estatal, retira do Supremo Tribunal Federal tempo precioso para analisar conflitos constitucionais, que constitui a função primordial da Corte. Nesse sentido tramita no Senado Federal a PEC nº 10/2013<sup>400</sup> que visa extinguir o foro por prerrogativa de função no caso de crime comum.

---

<sup>398</sup> Uma das causas determinadoras da competência penal é a prerrogativa de função, prevista no art. 69 do Código de Processo Penal, que preserva certas pessoas, que exercem determinado cargo ou função pública, de responder a processo criminal perante um juízo comum.

<sup>399</sup> Nesse aspecto, pode-se citar como exemplo a Ação penal nº 470 cujo inquérito foi autuado no STF em julho de 2005 e cujo julgamento somente se iniciou em agosto de 2012 (e findou em março de 2014).

<sup>400</sup> <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>.

## Conclusão

Ao longo da história da humanidade se verifica a necessidade de se limitar o poder político a fim de evitar o arbítrio e de se organizar a estrutura do Estado, de modo que este desempenhe suas funções com presteza e eficiência. Na Idade Média, na sociedade feudal, prevaleceu a pulverização do controle político, pois as relações de poder se estabeleciam entre senhores de terras e seus vassallos com pouca ingerência do Rei, sendo a Igreja Católica o único poder que se valia de autoridade mais vasta<sup>401</sup>. No início do século XVI, surge o Estado Moderno e o conceito de soberania<sup>402</sup>, como poder absoluto e ilimitado<sup>403</sup>. O poder soberano se concentrava então nas mãos do Monarca e diante de seu exercício abusivo, surgiu a necessidade de se estabelecer um limite ao poder político. Nesse cenário, irrompeu o movimento iluminista, que defendia o predomínio da razão sobre a fé e que os homens nascem livres, iguais e são portadores de direitos natos e inalienáveis. Os direitos do Homem passam a ter primado sobre qualquer outro valor e o homem não mais é considerado como parte de uma classe, mas sim como indivíduo<sup>404</sup>. A difusão de tais ideais influenciou a elaboração da Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão redigida pela Assembleia Constituinte em 1789.

O Constitucionalismo moderno foi construído, portanto, a partir das Revoluções Liberais que ocorreram no século XVIII, já que estas trouxeram ao mundo jurídico um novo conceito de Constituição, que reconstruiu o Estado, ao organizar e limitar o poder político. A Constituição era tida como obra do povo ao constituir um governo<sup>405</sup>. Além de a Constituição moderna instituir o poder legítimo e limitar o Poder constituído, era indispensável que os cidadãos tivessem seus direitos individuais nela reconhecidos.

---

<sup>401</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2011, p. 23.

<sup>402</sup> Para Jean Bodin, soberania era o poder absoluto e perpétuo de uma república (MALTEZ, José Adelino, *Princípios de ciência política: introdução à teoria política*, Universidade Técnica de Lisboa, 1996, p. 342)

<sup>403</sup> BONAVIDES, Paulo, *Ciência política*, Malheiros Editores, 10ª edição, 1994, p. 125.

<sup>404</sup> *A forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2012, p. 45.

<sup>405</sup> PAINE, Thomas, *Los Derechos del Hombre*, tradução Jose Antonio Fernandez de Castro y Tomás Muñoz Molina, Fondo de cultura económica, México, 1944, p. 64.

A noção de rigidez<sup>406</sup> da Constituição alçou as normas constitucionais a um patamar de superioridade em relação às demais normas no ordenamento jurídico. A Constituição assume a posição de *lex superior*, ou seja, se trata de lei suprema perante a qual todas as outras devem se curvar. Portanto, as normas infraconstitucionais devem se conformar à Constituição, seja em relação ao modo de sua elaboração (conformação formal) ou quanto ao conteúdo da norma (conformação material). Nesse diapasão, o controle de constitucionalidade surge da necessidade de se aferir a compatibilidade das normas infraconstitucionais frente à Lei Maior. Trata-se de atividade fiscalizatória de validade de normas, que guarda a concepção de supremacia da Constituição.

A Revolução Americana em 1776 teve por escopo a liberdade da colônia perante a Coroa Inglesa e culminou na independência dos Estados Unidos da América. Em razão dos problemas havidos com o Parlamento inglês, fez-se necessário submeter o Poder Legislativo a limites rígidos, razão pela qual a Constituição americana de 1787 estabelece uma precisa divisão entre os poderes e também um controle recíproco entre eles. A Constituição instituiu ainda o federalismo, o presidencialismo e estabeleceu que o poder emana do povo, que todos são igualmente livres e possuem direito inalienável à vida, à liberdade, à propriedade e à busca da felicidade e segurança. A autoridade dos tribunais americanos para rever a constitucionalidade das leis não se origina de qualquer delegação expressa na Constituição<sup>407</sup>, mas sim de poder assumido pela Suprema Corte no julgamento do caso *Marbury v. Madison* em 1803. Em seu voto, o *Chief Justice* Marshall destacou três motivos que justificariam o controle de constitucionalidade das leis: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contraria a Constituição e o papel do Poder Judiciário como guardião da Constituição<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> Conforme célebre distinção elaborada por James Bryce entre Constituição flexível e rígida: BRYCE, James, *Studies in History and Jurisprudence*, v. 1, essay 3, Oxford, Clarendon Press, 1901, in [https://archive.org/stream/studiesinhistory01brycuoft#page/n9/mode/2upof\\_](https://archive.org/stream/studiesinhistory01brycuoft#page/n9/mode/2upof_), p. 154.

<sup>407</sup> SCHWARTZ, Bernard, *Direito constitucional americano*, tradução Carlos Nayfeld, Editora Forense, 1966, p. 24

<sup>408</sup> “Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void [...]. The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the Constitution”/Tradução livre: “Certamente todos aqueles que têm formulado Constituições escritas as contemplam como formadoras da lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria de cada governo deve ser a de que um ato do Legislativo repugnante à Constituição é nulo [...] O poder judicial dos Estados Unidos se estende a todos os casos que tenham por base a Constituição” (voto do Chief Justice Marshall obtido no sítio eletrônico: <[https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137#writing-USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO](https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO)>).

Já na Europa, na Idade Moderna, os direitos das pessoas existiam enquanto membros de determinada classe. O iluminismo surge para modificar tal pensamento, passando a propagar a ideia de que o Homem deve ser considerado como um indivíduo, que possui direitos inerentes à natureza humana e, por conseguinte, oponíveis frente ao Estado. Na França, a burguesia ascendente se farta do arbítrio do Rei, bem como dos privilégios concedidos à nobreza e clero, e passa a reivindicar o respeito às liberdades individuais com a consequente limitação dos poderes absolutos do Estado, o que culmina na Revolução Francesa. Apesar de Montesquieu ter desenvolvido a teoria da separação de poderes com o reconhecimento de um terceiro poder, o poder judicial, limitou o papel deste a mero aplicador das leis. A lei era tida na Europa como instrumento dos direitos e das liberdades, eis que significava a expressão da vontade geral<sup>409</sup> e da soberania popular. Aos juízes cabia apenas ser a boca que pronunciava as palavras da lei, e, portanto, não podiam interpretá-la. Entre o fim do século XVIII e o início do século XX, a ordem jurídica europeia é caracterizada pela primazia da lei ordinária e não da Constituição, pois a Constituição não era tida como a lei suprema e fundamental, mas como um documento destinado a organizar politicamente os três poderes do Estado. Diante da supremacia das leis, não cabia ao Poder Judiciário interpretar as leis ou declará-las inválidas através de um sistema de controle de constitucionalidade. Apenas no século XX as Constituições europeias vieram a adquirir o *status* de documento destinado a estabelecer uma ordem social e econômica inspirada por princípios e valores historicamente arraigados na comunidade<sup>410</sup>. Nesse contexto, em 1920 foi promulgada a Constituição austríaca que dispôs sobre o controle de constitucionalidade concentrado, tal como idealizado por Hans Kelsen, através do qual o Tribunal Constitucional, um órgão soberano e político, e separado dos restantes dos Tribunais, poderia invalidar uma lei diante de sua desconformidade com a Constituição. A decisão que reconhecia a inconstitucionalidade da lei poderia anulá-la total ou parcialmente, produzindo efeitos *erga omnes* a partir de sua publicação<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Segundo Rousseau, “cada um de nós coloca em comum sua vontade, os seus bens, a sua força e sua pessoa sob direção da vontade geral”. A deliberação pública pode obrigar todos os súditos para com o soberano, e aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será coagido a fazê-lo por todo o corpo social (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O contrato social*, tradução Manuel João Pires, Círculo de leitores, 2008, p. 66 e 69).

<sup>410</sup> *Curso de justiça constitucional*, Maria Benedita Urbano, Almedina, 2013, p. 37.

<sup>411</sup> POLETTI, Ronaldo, *Controle de constitucionalidade das leis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1995, p. 63 e HORTA, Raul Machado, *Direito constitucional*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 153.

Verifica-se, portanto, que o sistema de fiscalização de constitucionalidade elaborado por Kelsen, incorporado na Constituição austríaca de 1920, conferia competência a uma Corte Constitucional para declarar a inconstitucionalidade das leis de modo concentrado e por via de ação direta. Enquanto nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade era realizado de modo difuso e incidental. Segundo Kelsen, a desvantagem da adoção do sistema de controle constitucionalidade norte-americano residiria na insegurança jurídica que poderia causar, pois os diversos órgãos aplicadores da lei poderiam ter opiniões diferentes quanto à constitucionalidade de uma norma. Logo, a falta de decisões uniformes sobre determinada questão constituiria colossal risco à autoridade da própria Constituição<sup>412</sup>, na medida em que os países que adotam o sistema de *civil law*, não utilizam a doutrina do *stare decisis*.

O controle de constitucionalidade surgiu no Brasil sob a forma difusa e incidental, em 1890, através de Decreto do Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil<sup>413</sup>, logo após a proclamação da República, que se deu em 1889. O modelo norte-americano do *judicial review* serviu de inspiração para o modelo brasileiro<sup>414</sup>. No entanto, à época da criação do controle de constitucionalidade brasileiro não se deu importância às diferenças existentes entre o sistema do *common law*, adotado nos Estados Unidos, e do *civil law*, adotado no Brasil. Enquanto naquele a doutrina do *stare decisis* implica em um compromisso com as decisões passadas, eis que a decisão da Corte mais elevada de uma jurisdição é vinculante para todas as Cortes inferiores da mesma jurisdição<sup>415</sup>, ou seja, o julgamento que conclui pela inconstitucionalidade de uma lei acaba assumindo eficácia *erga omnes*, no sistema brasileiro tal julgamento implica tão somente na não aplicação da lei em um determinado caso concreto.

---

<sup>412</sup> Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, tradução do alemão Alexandre Krug, Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. 303.

<sup>413</sup> O Decreto nº 510 foi assinado por Manoel Deodoro da Fonseca, Ruy Barbosa, Benjamin Constant Botelho de Magalhães, Eduardo Wandenkolk, Floriano Peixoto, Q. Bocayuva, M. Ferraz de Campos Salles, José Cesário de Faria Alvim e Francisco Glicerio.

<sup>414</sup> “Não há qualquer dúvida que a inspiração do sistema de controle adotado na República veio do sistema de controle de constitucionalidade eminentemente jurisdicional implantado nos EUA” (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 501). “A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890” (MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, Editora Saraiva, 10ª edição, 2015, p. 1077)

<sup>415</sup> “A decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction”. (CAPELETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, p. 80).

Como bem salientado por ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA<sup>416</sup>, no sistema do *civil law*, almejou-se garantir a previsibilidade das leis e a segurança jurídica através da codificação do Direito. Já no sistema do *common law*, a segurança nunca esteve baseada na necessária existência de leis escritas, mas sim na doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, evitando-se um decisionismo por parte dos juízes.

Nesse aspecto, a Constituição de 1934 introduziu alteração no controle de constitucionalidade difuso ao conferir poderes ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário mediante comunicação do Procurador Geral da República ao Senado acerca da decisão do STF. Desse modo, a decisão incidente que reconhecia a inconstitucionalidade da norma e por isso deixava de aplicá-la ao caso concreto, que possuía efeito *inter partes* e *ex tunc*, passava a gozar, a partir da edição de resolução pelo Senado Federal, de efeito *erga omnes* e *ex nunc*. Contudo, diante do entendimento predominante no meio jurídico de que a edição de Resolução suspensiva do Senado se trata de ato discricionário deste, sendo-lhe, portanto, possível analisar a conveniência e oportunidade da suspensão da execução da lei tida por inconstitucional, se denota que nem sempre a lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tinha sua execução suspensa pelo Senado. A pouca eficácia do instrumento adotado pela Constituição de 1934 (e as que se seguiram) para resolver a falta de eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle difuso se constata pela criação, *a posteriori*, e ampliação do controle concentrado de constitucionalidade cujas decisões possuem eficácia contra todos. A Constituição de 1934 criou ainda o princípio da reserva de plenário, que exigia quórum qualificado nos Tribunais para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade de lei, e a representação interventiva com a finalidade de intervenção da União nos Estados.

Com o golpe perpetrado por Getúlio Vargas, em 1937, o país passou a ser governado por um regime ditatorial, que outorgou uma nova Constituição no mesmo ano. Cumpre observar que a Constituição de 1937 se tratava de um texto formal sem aplicação prática diante dos desmandos praticados de Getúlio Vargas. Em relação ao controle de constitucionalidade houve imenso retrocesso ao se prever que, caso

---

<sup>416</sup> *Precedentes Judiciais e segurança jurídica - fundamentos e possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira*, Editora Saraiva, 2014, p. 33-34.

declarada a inconstitucionalidade de uma lei, poderia o Presidente da República, por necessidade de bem-estar do povo ou visando à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la novamente ao exame do Parlamento, e, se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Ressalte-se que durante o período ditatorial, conhecido como Estado Novo (1937-1945), o Legislativo não foi convocado para tal fim, e coube ao Executivo exercer tal faculdade através da edição de decretos-lei<sup>417</sup>.

Em 1946 a democracia é restabelecida, sendo promulgada uma nova Constituição, que devolve ao Poder Judiciário o papel de intérprete final da constitucionalidade das leis. O controle de constitucionalidade permanece difuso com possibilidade de suspensão pelo Senado da execução da norma tida por inconstitucional em decisão definitiva do STF, o princípio da reserva de plenário foi mantido e foi dada nova configuração à representação interventiva.

Em 1964 o Brasil sofre novo golpe de Estado, desta vez realizado por militares. Em 1965 é editada a Emenda Constitucional nº 16, que introduz a fiscalização abstrata de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao prever a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, e conceder a legitimidade ativa ao Procurador-Geral da República. Desse modo, se estabelece no Brasil um modelo combinado de fiscalização de constitucionalidade, em que convive o sistema difuso e o concentrado com prevalência do daquele, na medida em que a legitimidade para provocar o controle concentrado era conferida exclusivamente ao Procurador Geral da República, o que limitava sua utilização.

Em 1967 é promulgada uma nova Constituição, ditatorial e autoritária, que mantém o controle misto de constitucionalidade. A Constitucional de 1967, outorgada pelos militares, foi perdendo eficácia ao longo do tempo, já que muitas de suas normas foram aniquiladas pelos Atos Institucionais que vieram em sequência.

Em 1969 é editada a Emenda Constitucional nº 01, que representou uma nova Constituição, na medida em que abarcou todas as normas da Constituição anterior. A EC nº 01 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade e introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de o STF restringir o cabimento do Recurso Extraordinário, ao prever que a referida Corte poderia estabelecer em seu regimento interno critérios para apreciação das causas, que deveria atender a sua

---

<sup>417</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

natureza, espécie ou valor pecuniário<sup>418</sup>, instituto que foi denominado de arguição de relevância. Outra alteração no sistema de controle de constitucionalidade adveio da Emenda Constitucional nº 07/77, editada ainda sob o regime ditatorial, que previu expressamente a possibilidade de o Procurador Geral da República formular medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade.

Em 1985 o Brasil reencontra o caminho da democracia e em 1988 é promulgada a Constituição Cidadã, assim denominada em razão de resgatar os direitos políticos e em virtude de seu caráter social. A Carta de 1988 manteve os institutos já previstos no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, a estes, somou outros, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a arguição descumprimento de preceito fundamental. Insta observar que o rol de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade foi bastante ampliado. A democratização do acesso a ADI transformou tal instituto no instrumento mais utilizado dentre os existentes no sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade brasileiro. O recurso extraordinário passou a ser limitado a questões constitucionais e deixou de ser prevista a arguição de relevância<sup>419</sup>, que funcionava como filtro recursal. Os Estados ganharam competência para apreciar a constitucionalidade de leis dos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual.

Depreende-se, portanto, que a nova ordem constitucional manteve o modelo duplo de fiscalização de constitucionalidade, que vigia desde 1965, contudo, estabeleceu novos institutos de controle de constitucionalidade por via de ação direta, além de alargar o rol de legitimados para propositura de ADI, o que aumentou a possibilidade de sua utilização. O incremento do controle concentrado pelo Poder Constituinte pode ser associado ao fato de que o Estado brasileiro em 1988 passou a ser um Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição, além de organizar os

---

<sup>418</sup> Nesse diapasão, foi editada a Emenda Regimental nº 3 de 1975 do STF, que alterou o art. 308 do Regimento Interno da Corte, e estabeleceu que não caberia recurso extraordinário, salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal. No entanto, observe-se que a norma editada pelo STF não cumpriu o escopo regulamentar delimitado pela EC nº01/69, eis que não adotou critérios relativos à natureza, espécie ou valor pecuniário da causa. A Emenda Constitucional nº 07/1977 alterou posteriormente a redação da norma prevista no art. 119, parágrafo único, da Constituição, passando a prever expressamente a relevância da questão federal como critério para o conhecimento de recurso extraordinário.

<sup>419</sup> Segundo Humberto Theodoro Júnior, houve uma repulsa contra a total discricionariedade com que o STF decidia sobre a relevância, já que a decisão era tomada em sessão secreta sem necessidade de motivação (THEODORO JÚNIOR, Humberto, “Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e Súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal”, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, nº 48, 2007, p. 103.



poderes e limitá-los, exerce papel transformador da sociedade, como agente de promoção social e organizador da economia. Nessa seara, inúmeras normas constitucionais carecem de conformação por parte do Poder Legislativo e Executivo de modo que possam ser concretizados os direitos nelas previstos, exigindo, portanto, abundante produção de atos normativos. Como somente através da lei é que os direitos sociais plasmados em normas programáticas adquirem capacidade de subjectivação, é fácil perceber que, nesse campo, o controle de constitucionalidade concentrado é a ferramenta mais indicada para se verificar a inconstitucionalidade por ação ou omissão, na medida em que não exige que a demanda verse sobre a existência de direito subjetivo da parte. Por conseguinte, se verifica que o controle concentrado se ajusta melhor a um Estado Democrático de Direito do que o controle puramente difuso, pois dispensa a existência de um direito subjetivo em disputa, se trata de meio mais célere de resolução de conflito constitucional e também se trata de instrumento que produz eficácia *erga omnes*, evitando novas demandas sobre o mesmo tema.

O modelo adotado pela Constituição de 1988, ao aumentar consideravelmente os instrumentos existentes para se provocar o controle concentrado e ao ampliar a legitimação ativa para tanto acarretou um crescimento considerável de demandas ajuizadas perante o Supremo Tribunal, sobrecarregando a Corte e impedindo-a de prestar a jurisdição constitucional em tempo razoável e adequado. A falta de manutenção da arguição de relevância, que funcionava como um filtro para a interposição de recurso extraordinário, também fomentou o acúmulo de processos perante o STF, deturpando seu papel institucional e obstando que questões de interesse social viessem a ser apreciadas de forma detida pela Corte<sup>420</sup>.

Para combater tais males, o Poder Constituído engendrou diversas alterações na Constituição e na legislação infraconstitucional com o intuito de desafogar o STF e conferir mais celeridade e efetividade à prestação da jurisdição constitucional. Entre elas se destaca a ação declaratória de constitucionalidade, o reconhecimento de efeito vinculante às decisões proferidas em ADC, ADI e ADPF, a regulamentação da ADPF que possuía escassa formatação constitucional, a criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e da súmula vinculante, além da previsão no CPC de efeito vinculante aos acórdãos proferidos em incidente de

---

<sup>420</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, “Repercussão geral no recurso extraordinário e súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal”, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, nº 48, 2007, p. 102.

assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, e em julgamento de recurso extraordinário repetitivo.

Como se denota da análise estatística realizada no capítulo anterior, muitos dos instrumentos introduzidos pelo Poder Constituinte e Constituído, como a ADO, ADC e ADPF tiveram tímida utilização, mantendo-se a ADI como a ação mais utilizada em sede de controle concentrado.

Já em sede de controle difuso, a repercussão geral demonstrou ser instrumento de grande eficácia para reduzir o número de recursos extraordinários interpostos perante o STF, permitindo que a Corte se dedique a temas constitucionais de maior relevo na sociedade.

A súmula vinculante, por sua vez, necessita de produção mais constante a fim de evitar que decorra muito tempo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante, sob pena de esvaziar o objetivo do instituto, que é evitar a multiplicação de demandas no controle difuso de constitucionalidade e apaziguar entendimentos distintos sobre determinada questão constitucional.

A mudança de paradigma executada pelo CPC/2015, que mitigou a ampla liberdade conferida aos julgadores para examinarem os casos que lhes eram submetidos<sup>421</sup>, instituindo precedentes vinculantes que devem ser seguidos por juízes e tribunais inferiores também deve ser destacada como instrumento de racionalização da prestação jurisdicional constitucional, pois proporcionará maior segurança jurídica e isonomia, mantendo-se assim a coerência do ordenamento jurídico. Como bem salienta MARINONI<sup>422</sup>, o Estado de Direito é incompatível com uma ordem jurídica destituída de coerência e estabilidade e a sociedade não pode se desenvolver sem previsibilidade em relação às decisões dos tribunais.

A jurisdição constitucional desempenha papel de grande importância em uma democracia, na medida em que constitui meio de proteção eficiente das minorias contra eventuais maiorias políticas, pois, diante da exigência de uma maioria qualificada para

---

<sup>421</sup> O princípio do livre convencimento motivado constava do art. 131 do CPC/1973: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. No CPC/2015 consta do art. 371 que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. No entanto tal norma deve ser conjugada com o art. 927 do mesmo diploma legal que determina a observância dos precedentes vinculantes.

<sup>422</sup> “Efeitos das decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no direito brasileiro”, disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1140-2472.pdf>>, p. 16.

a reforma da Constituição, determinadas questões somente podem ser modificadas com o consentimento da minoria. Esse papel contra-majoritário exercido pela jurisdição constitucional consiste em importante ferramenta de garantia da observância dos direitos fundamentais. Ademais, a jurisdição constitucional exerce papel de relevância na preservação da unidade e da força normativa da Constituição. Portanto, não pode o STF ser assoberbado com milhares de demandas idênticas, que retiram sua concentração sobre temas fundamentais. Tampouco deve o STF se ocupar com casos criminais, sendo premente uma mudança da Constituição nesse sentido a fim de extinguir a competência criminal da Corte baseada em prerrogativa de função.

Conclui-se que as mudanças realizadas pelo Poder Legislativo após 1988 visaram não só reduzir o volume excessivo de processos que chegam à Corte Suprema, mas também garantir que questões jurídicas idênticas sejam julgadas de modo igual, evitando assim que a violação do princípio da isonomia implique em decréscimo de legitimidade do direito e do próprio poder estatal. As alterações promovidas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, implantado em 1988, garantem ainda a coerência da ordem jurídica, e, por conseguinte, a credibilidade da Constituição, permitindo a difusão de uma autêntica convicção constitucional entre o povo.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

BANOND, Isabel. “A ideia de liberdade e as suas plúrimas formas de teorização moderna”. *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

BARBOSA, Ruy. *Atos inconstitucionais*. 2ª edição. Campinas: Russel Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. *Commentarios à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939. V.1.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica - fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo - As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. “Fundamentos téóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, nº 5, 2011.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf).

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª edição. São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BRANCO, Susana Antas Fernandes Videira. *Uma leitura da questão social – contributo para a História das ideias políticas no Portugal Contemporâneo (1820-1890)*. Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. 3ª edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

BROSSARD, Paulo. “O senado e as leis inconstitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 13, nº 50, 1976, p. 55-64.

BRYCE, James, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1, essay 3, Oxford: Clarendon Press, 1901. Disponível em: <<https://archive.org/stream/studiesinhistory01brycuoft#page/n9/mode/2upof>>.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1958.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “A nulidade ipso iure da norma inconstitucional já não é o que era?”, *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, p. 225-242.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*. 2ª edição. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1992.

CERQUEIRA, Marcello. *A constituição na História*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 1993.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CLÉVE, Clémerson Merlin; DIAS, Cibele Fernandes. “Hermenêutica e jurisdição constitucional”. *Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

COUTINHO, Luis Pereira. *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *A “Convergência De Pensões” Como Questão Política*. Disponível em: <[www.e-publica.pt/convergenciapensoes.html](http://www.e-publica.pt/convergenciapensoes.html)>.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos regimes políticos*. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.

\_\_\_\_\_. “Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais”. *Estudos em homenagem ao professor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. V.1.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Para uma história constitucional do direito português*. Coimbra: Almedina: 1995.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1997.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. “O Estado Democrático de Direito”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, julho/setembro de 1988, p. 15-34.

\_\_\_\_\_. *O constitucionalismo brasileiro*. São Paulo: Malheiro Editores, 2011.

DA SILVA, Virgílio Afonso. “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”. *Revista de Direito do Estado*, 4, 2006, p. 23-51.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bela Vista: IVAP, 1998.

DE ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

DE BRITO, Miguel Nogueira. *Lições de introdução à teoria da Constituição*. Lisboa, 2013.

DE ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª edição; reimpressão 1988. Editorial Civitas, 1985.

DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. “Legitimidade da justiça constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito USP*, vol. 98, 2003.

DE MORAIS, Blanco. “Direitos Sociais e Controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?”. *Estudos em Homenagem ao professor doutor J.J. Gomes Canotilho*, volume III, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2012, p. 579-613.

\_\_\_\_\_. *Justiça constitucional*. 2ª edição. Coimbra editora, 2007. Tomo I.

\_\_\_\_\_. “Segurança Jurídica e Justiça Constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2000, volume XLI, nº 2, p. 619-630.

DE PAULA, Daniel Gioti. “Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política”. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

DO AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da República*. Coimbra Editora: 2012.

\_\_\_\_\_. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa*. Palestra proferida no Colóquio luso-italiano de direito constitucional, 2009, Instituto

de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>>.

\_\_\_\_\_. “Justiça Constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais?”. *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II/2002, Coimbra Editora, p. 11-22.

\_\_\_\_\_. “Problemas da *judicial review* em Portugal”. *Revista Themis*, n. 10, 2005, p. 70-75.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdição e democracia”. *Revista do Ministério Público*, ano 18, outubro-dezembro, 1997.

FERRAZ, Ana Cunha e DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. “A repercussão geral e a objetivação do controle concreto”. *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil*. Coordenação: Elival da Silva Ramos e Carlos Blanco de Moraes. Almedina, 2012.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Senado Federal, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. “O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente”. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, setembro de 2008, n. 99, p. 86-91.



\_\_\_\_\_. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9868 de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999)”. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 5, 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 105-124.

FIGUEIREDO, Marcelo. “A ação declaratória de constitucionalidade - inovação infeliz e inconstitucional”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 39, p.77-104, jan. 1993.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. *História das ideias políticas*. Lisboa, 1997. V. 2.

GOUVEA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. Almedina, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “A jurisdição constitucional no Brasil: observações a partir do direito constitucional comparado”. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 5, 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 151-168.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Estudio preliminar de Antonio Lopez Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HAMILTON, Alexander. *Federalist Papers, The Judiciary Department*, nº 78. Disponível em: <<http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed78.htm>>.

HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das normas pré-constitucionais*. São Paulo: Editora Método, 2010.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

HESSE, Konrad. “A força normativa da Constituição”. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. “A garantia jurisdicional da Constituição”. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n. 20/21, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. Armênio Amado editor, 1938.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes Editora, 2012.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*. Disponível em: <[www.ebookdbrasil.org/eLibris/constituicao.html#12](http://www.ebookdbrasil.org/eLibris/constituicao.html#12)>.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

MALTEZ, José Adelino. *Princípios de ciência política: introdução à teoria política*. Universidade Técnica de Lisboa, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. “A função das Cortes Supremas e o novo CPC”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, nº 65, mar-abr 2015.

\_\_\_\_\_. “A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 70, Editora Magister, jan/fev 2016.

\_\_\_\_\_. *Efeitos das decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1140-2472.pdf>>.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade”. *Revista do Advogado*, ano XXIII, novembro de 2003, nº 73, p. 82-88.

\_\_\_\_\_. “Emenda viola direito dos cidadãos”. *O Estado de São Paulo*, 01/06/1993, p. 04. Disponível em: <[http://www.gandramartins.com.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/18/6ccc0b3artigo\\_0553.pdf](http://www.gandramartins.com.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/18/6ccc0b3artigo_0553.pdf)>.

\_\_\_\_\_. “Reflexões sobre o controle de constitucionalidade”. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, setembro de 2008, nº 99, p. 54-61.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 5ª edição. Coimbra Editora, 2013. Tomo IV.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. Coimbra Editora, 2001. Tomo VI.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. “A fiscalização da constitucionalidade – uma visão panorâmica”. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, nº 27, jan/mar 2008.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

MOREIRA, Vital. “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*. Lex, 1997.

PAINE, Thomas. *Los Derechos del Hombre*. Tradução Jose Antonio Fernandez de Castro y Tomás Muñoz Molina. México: Fondo de cultura económica, 1944.

PEREIRA, Marcelo Caon. “O ativismo judicial e a democracia”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra*, v.52n.1-2(2011).

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e Justiça constitucional no século XXI*. Tradução de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Thiago Magalhães. “Pós-positivismo sem trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral”. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil, perspectivas de evolução*. Editora Saraiva, 2009. [versão digital].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Manuel João Pires. Círculo de leitores, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça - o que é fazer a coisa certa?*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Civilização brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da Justiça*. Disponível em:  
<[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao\\_a\\_sociologia\\_da\\_admin\\_justica\\_RCCS21.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_admin_justica_RCCS21.PDF)>.

SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

\_\_\_\_\_. “Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?)”. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teologia política*. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1928.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.

STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª edição. Editora Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TASSINARI, Clarisse, *Jurisdição e ativismo judicial – limites da atuação do Judiciário*, Editora Livraria do Advogado, 2013

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Nova lei da súmula vinculante*. 3º edição. Editora Método, 2009.

\_\_\_\_\_. *Reforma do Judiciário pós-88*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e Súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, nº 48, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*. Almedina, 2013.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3º edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça, uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.